MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE
MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY



www.rg.mpg.de



Max Planck Institute for European Legal History
research paper series

No. 2016-01

Gunnar Folke Schuppert

The World of Rules

Eine etwas andere Vermessung der Welt

http://ssrn.com/abstract=2747385

The World of Rules

Eine etwas andere Vermessung der Welt

Gunnar Folke Schuppert

Inhalt

Vorwort

Schon seit Längerem vertreten wir die Auffassung, dass die Disziplin der Rechtswissenschaft sich zu einer noch mit Konturen zu versehenden Regelungswissenschaft fortentwickeln sollte. Wenn unser Vorschlag, sich in Zukunft den Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft zuzuwenden, Gehör fände, so ginge es natürlich nach wie vor, aber nicht mehr primär, um (Rechts-)Normen, sondern um Regeln, also um „rules". Genau darum geht es auch in dem Forschungsprojekt von Lorraine Daston, Permanent Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin, die ihr Arbeitsvorhaben für das akademische Jahr 2015/2016 mit dem Titel „Rules: The Prehistory of an Indespensable and Impossible Genre" wie folgt näher erläutert: „Rules – in the form of everything from traffic regulations and government directives to etiquette manuals and parliamentary procedures – structure almost every human interaction. […] Drawing upon diverse genres – astronomical tables, traffic regulations, law codes, game manuals, handbooks of parliamentary procedures, cookbooks – I would like to reconstruct the history of the premodern rule as both a concept and a practice in order to better understand our own modern ambivalence about rules." (Daston 2015, S. 28 f.)

Das von uns benutzte Objektiv ist weit weniger weit eingestellt als das von Lorraine Daston, da es weder Kochbücher, noch astronomische Tabellen, aber immerhin Spielregeln und das „Gesetz der Diebe" umfasst; so ist unser hiermit unter dem Titel „The World of Rules" vorgelegte Versuch, einen vertieften Blick auf das Universum der das Verhalten von Menschen und Institutionen steuernden Regeln zu werfen, ein Versuch von „mittlerer Reichweite". Untersucht werden die Vielfalt normativer Ordnungen, die Pluralität von Normproduzenten und Normdurchsetzungsregimen. Auch der immer im Hintergrund stehenden Frage, was dies alles für den Rechtsbegriff bedeutet, wird nicht ausgewichen.

Das Motiv für diesen Versuch besteht in unserer Überzeugung, dass die Welt des Rechts einer Neuvermessung bedarf, weil die alten Gewissheiten, die gemeinhin mit der Formel „Recht = Staat" eingefangen werden, nicht mehr tragen und wir es vielmehr mit einer graduellen Entkopplung von Staat und Recht zu tun haben. Dieser Vorgang ist in verschiedenen Regelungsbereichen unterschiedlich weit fortgeschritten. Wenn sich dies so verhält, dann kann es nicht damit sein Bewenden haben, der klassischen Villa des Rechts mit den Repräsentationsräumen von Gesetz, Verordnung und Satzung lediglich einen wintergartenähnlichen Anbau hinzuzufügen; wessen es vielmehr bedarf, ist die Ersetzung des alten Rechtshauses durch einen Neubau, in dem alle steuerungsrelevanten Regelungsregime ihren Platz finden, heißen diese nun Standards, Codes of Conduct oder wie auch immer. Eine entsprechende TV-Serie trüge dann vielleicht den Titel „House of Rules". Da wir solche Assoziationen vermeiden wollen, bezeichnen wir unser notgedrungen ambitioniertes Vorhaben lieber als Vermessung der *World of Rules* und hoffen, dass der Leser diesem ersten Versuch kartographische Ungenauigkeiten nachsieht.

Die Verwirklichung des Erkundungs- und Vermessungsprojekts hat viel von dem anregenden intellektuellen Ambiente des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte profitiert, an dem ich in den Jahren 2014 und 2015 jeweils zwei Monate als Fellow verbringen durfte. Aber dieses Buch hat sich nicht nur im Dialog mit der rechtshistorischen Forschung entwickelt, sondern ich hoffe darüber hinaus, dass die präsentierten Überlegungen und Vorschläge sich auch für die rechtsgeschichtliche Forschung nutzen lassen. Dass diese Hoffnung nicht ganz unbegründet scheint, zeigt die zu meiner Freude freundliche Aufnahme der von mir immer wieder ins Spiel gebrachten Governance-Perspektive durch so disziplinär offene (Rechts-)Historiker wie etwa Stefan Esders und Christoph Lundgreen.[1] Dies scheint mir Anlass genug zu sein, auch weiterhin den Austausch mit der rechtshistorischen Forschung zu suchen.

Pranzo (Trentino) und Charlottenburg im Frühjahr 2015

[1] Esders 2015; Lundgreen 2014.

Erstes Kapitel
Zur Vermessung des Regelungsuniversums: Notwendigkeit und Vorgehensweise

A. Zur Einstimmung: Was man alles vermessen kann und wie

Um den Leser etwas auf unser Vorhaben einzustimmen, wollen wir zunächst drei Vermessungsvarianten vorstellen, um im Anschluss daran unsere eigene Art und Weise der Vermessung näher zu erläutern. Da dem Leser des Feuilletons – oder gar des Buches selbst – beim Thema „Die Vermessung der Welt" reflexhaft der gleichnamige Bestseller von Daniel Kehlmann (2005) einfallen wird, beginnen wir mit Alexander von Humboldt.

I. Mit Daniel Kehlmann auf den Spuren Alexander von Humboldts

Dass Alexander von Humboldt als naturwissenschaftlicher Forschungsreisender unermüdlich – vor allem in Süd- und Mittelamerika – unterwegs war, gehört zum Bestandteil des deutschen, ja des europäischen kollektiven Gedächtnisses; wenn wir dort nachsähen, könnten wir auf das folgende Bild stoßen, das man sich gerne von ihm macht:

> „Alexander von Humboldt war in ganz Europa berühmt wegen einer Expedition in die Tropen, die er fünfundzwanzig Jahre zuvor unternommen hatte. Er war in Neuspanien, Neugranada, Neubarcelona, Neuandalusien und den Vereinigten Staaten gewesen, hatte den natürlichen Kanal zwischen Orinoko und Amazonas entdeckt, den höchsten Berg der bekannten Welt bestiegen, Tausende Pflanzen und Hunderte Tiere, manche lebend, die meisten tot, gesammelt, hatte mit Papageien gesprochen, Leichen ausgegraben, jeden Fluß, Berg und See auf seinem Weg vermessen, war in jedes Erdloch gekrochen und hatte mehr Beeren gekostet und Bäume erklettert, als sich jemand vorstellen mochte." (Kehlmann 2005, S. 19)

Zu diesem Bild von Humboldts gehört auch sein Angetriebensein durch eine schier unbezähmbare naturwissenschaftliche Neugier, die seinem Reisegefährten Bonpland offenbar ziemlich übertrieben vorkam; als von Humboldt – noch auf der Tour nach Madrid, also vor der eigentlichen Forschungsreise – einen Hügel vermessen wollte, soll er sich auf die Nachfrage Bonplands, ob dies denn nun wirklich sein müsse und man nicht lieber weiterreisen solle, wie folgt verhalten haben:

> „Humboldt überlegte. Nein, sagte er dann, er bedauere. Ein Hügel, von dem man nicht wisse, wie hoch er sei, beleidige die Vernunft und mache ihn unruhig. Ohne stetig die eigene Position zu bestimmen, könne ein Mensch sich nicht fortbewegen. Ein Rätsel, wie klein auch immer, lasse man nicht am Wegesrand." (Kehlmann 2005, S. 42)

Soweit zur naturwissenschaftlichen Erkundung der Welt wie sie in der berühmten Ersteigung des Chimborazo durch von Humboldt ihren Ausdruck findet (siehe dazu den hinreißenden Bildband von Böhme und Tesmar 2001).

Soweit zur wissenschaftlichen Neugier, die auch der Autor dieses Buches für sich reklamieren möchte. Nunmehr aber wollen wir dem Leser einen Zeitsprung von mehreren Jahrhunderten zumuten und uns einer Vermessungstechnik zuwenden, der man so gut wie nicht entkommen kann und die bei näherem Hinsehen gewisse imperialistische Züge trägt.

II. Global Governance by Indicators oder Weltvermessung als Macht- und Methodenproblem

Staaten stehen zunehmend unter ständiger Beobachtung und ihre Performanz wird nicht nur unter allen denkbaren Gesichtspunkten analysiert und bewertet, sondern die Ergebnisse dieser institutionalisierten Beobachtungsprozesse (näher dazu Schuppert 2010) werden in einem anschließenden Ranking dokumentiert. Die dabei verwendeten Indikatoren und die mit ihrer Hilfe gefundenen Bewertungsergebnisse werden weltweit kommuniziert und ihnen ist auch in den entlegensten Weltgegenden schlechterdings nicht zu entkommen. Die Welt wird auf diese Weise zwar nicht direkt beherrscht, aber sie wird eingeteilt mit – wie das Beispiel der Ratingagenturen zeigt – zum Teil mehr als nur spürbaren Konsequenzen.

Das von Kevin A. Davis, Angelika Fisher, Benedict Kingsbury und Sally Engle Merry herausgegebene Buch *Governance by Indicators* (2012) ist insoweit nicht nur informativ und materialreich, es hat auch einen äußerst zutreffenden Untertitel: *Global Power through Quantification and Rankings*; dieser Untertitel trifft den Sachverhalt um den es hier geht – Weltvermessung als Macht- und Methodenproblem – genau.

Wer sich in welcher Weise an diesem „business of rating and ranking“ beteiligt, davon vermittelt die nachstehende Übersicht, die wir dem Report vom Franz Nuscheler (2009, S. 42 f.) entnommen haben, einen ganz guten Eindruck:

Übersicht über die internationalen Index-Konstruktionen

Indices	Fokus/Indikatoren	Methode	Quelle
Human Developement Index (HDI)	Kaufkraft pro Kopf in PPP-Dollar Lebenserwartung bei Geburt Alphabetisierungs- und Einschulungsraten	Aggregatdaten verschiedener Quellen	UNDP
Governance-Matters-Index	Rechtsstaatlichkeit Politische Stabilität und Abwesenheit von Gewalt Effektivität des Public Management Verantwortlichkeit der Regierenden Korruptionskontrolle Respektierung der Menschenrechte	Aggregatdaten verschiedener Quellen Expertenbefragungen	Weltbank
Polity IV Index	Demokratie (Parteienwettbewerb, Wahlen, Verantwortlichkeit der Regierenden) Semidemokratie/Autokratie bei Fehlen des Demokratiestandards	Teilindices, zusammengeführt in einem Gesamtindex	University of Maryland
Freedom in the World	Skala für Bürgerrechte: – Rechtsstaatlichkeit – Religionsfreiheit – Pressefreiheit – Koalitionsfreiheit Skala für politische Rechte: – Freie und faire Wahlen	Bewertung von Experten, zusammengeführt in einem Gesamtindex mit 7 Bewertungsstufen	Freedomhouse, Washington D.C.
Political Terror Scala (PTS)	Rechtsstaatlichkeit Freiheit von Folter	Berichte von Amnesty International und des State Department	University of North Carolina
Failed State Index (FSI)	Fragilitätsniveau aufgrund ökonomischer, politischer und sozialer Daten	Erhebung von Länderdaten	Fund for Peace
Corruption Perception Index (CPI)	Korruption in Regierung und Verwaltung	Einschätzung durch lokale Experten	Transparency International
Bertelsmann Transformation Index (BTI)	1. Statusindex zur Entwicklung von Demokratie und Marktwirtschaft – zweigeteilt 2. Management-Index zur Beurteilung von Managementleistungen mittels 17 Kriterien und 52 Indikatoren	Erstellung von Ländergutachten und Zweitgutachten durch lokale Gutachter; Abgleichung durch Regionalexperten; Ermittelung und Aggregierung von Mittelwerten	Bertelsmann Stiftung mit Unterstützung eines wissenschaftlichen BTI-Board

Das eigentliche Problem dieser „Governance by Indicators" ist neben ihrer von Davis et al. zurecht kritisierten, typisch westlichen Perspektive (anders etwa der Mo Ibrahim Index of African Governance) die Achillesferse der Methode, ein Problem, zu dem sich in abgewogener Zurückhaltung Nuscheler wie folgt geäußert hat:[2]

> „Die Methoden für solche Messungen und Indexkonstruktionen sind sehr unterschiedlich. Die Grundlagen bilden meistens Länderberichte von Experten, die wiederum das von internationalen Organisationen in ihren speziellen Tätigkeitsfeldern erhobene Datenmaterial verwerten und bewerten. Es ist dann ein methodologisches Problem, dessen Lösung mehr als die Beherrschung des statistischen Handwerkzeugs voraussetzt, welche Indikatoren zur Indexbildung und zum vergleichenden Ranking von Ländern ausgewählt werden. Hier entscheidet sich auch, wie einzelne Leistungsparameter gewichtet werden: sei es das Wirtschaftswachstum, das bei den Governance-Indikatoren der Weltbank ein hohes Gewicht bekommt, der messbare Stand der Presse- und Meinungsfreiheit, den das *Freedom House* (Washington, D.C.) hoch gewichtet, oder der Entwicklungsstand einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung, der im Status Index des *Bertelsmann Transformation Index* (BTI) einen hoch gewichteten Richtwert bildet.
>
> Neben objektiven und – allerdings von der Qualität des Datenmaterials abhängigen – quantitativ messbaren Indikatoren gibt es eine größere Zahl von Indikatoren, die auf subjektiven Wahrnehmungen und Einschätzungen beruhen. Paradebeispiel ist der von *Transparency International* erstellte *Corruption Perception Index* (CPI), der auf Einschätzungen von lokalen Geschäftsleuten zu Korruptionspraktiken in Regierungen und Verwaltungen beruht und von vielen anderen Indices benutzt wird. Auch dann, wenn solche subjektiven Einschätzungen in Mehrfachgutachten Gegenkontrollen unterworfen werden, wie es beim mehrstufigen Entstehungsprozess des BTI geschieht, weichen die angeblich ‚objektivierten' Ergebnisse der verschiedenen Indices teilweise erheblich voneinander ab. Es ist deshalb geboten, nicht nur die im Länderranking resultierenden Messdaten, sondern auch die ihnen zugrunde liegenden Indikatoren und Methoden der Datenverarbeitung zu vergleichen" (Nuscheler 2009, S. 32 f.).

Vorsicht ist bei der Verwendung von Governance-Indikatoren vor allem aus zwei Gründen geboten: Einmal reduzieren sie Komplexität in bedenklicher Weise und suggerieren gleichzeitig eine quantitativ fundierte Rationalität der mit ihrer Hilfe vorgenommenen Bewertungen, zum anderen liegt der Auswahl und der Gewichtung der Indikatoren ausgesprochen oder implizit eine bestimmte politische Philosophie zugrunde, die auf diese Weise „trojanisch getarnt" propagiert wird.

Was zunächst die Tendenz zur Vereinfachung und die Suggestion einer datenmäßig abgesicherten Rationalität angeht, so teilen wir die diesbezüglichen Bedenken von Kevin A. Davis et al. (2012) voll und ganz:

> „Simplification, or reductionism, is central to the appeal (and probably the impact) of indicators. They are often numerical representations of complex phenomena intended to render them more simple and comparable with other complex phenomena that have also been represented numerically. *Indicators are typically aimed at policy makers and are intended to be convenient, easy to understand, and easy to use*. Yet, the transformation of particularistic knowledge into numerical representations that are

[2] Hervorhebungen in Zitaten sind im Folgenden stets von mir vorgenommen und berücksichtigen nur in Ausnahmefällen die Originalhervorhebungen, G. F. S.

> readily comparable strips meaning and context from the phenomenon. In this numerical form, such knowledge carries a distinctive authority that shifts configurations and uses of power and counter-power. This transformation reflects, but also contributes to, changes in decisionmaking structures and processes.
>
> Indicators also often *present the world in black and white*, with few ambiguous intermediate shades. They take flawed and incomplete data that may have been collected for other purposes, and merge them together to produce an apparently coherent and complete picture. Wendy Espeland and Mitchell Stevens identify this as a potential consequence of what March and Simon refer to as uncertainty absorption, which ‚takes place when inferences are drawn from a body of evidence, and the inferences instead of the evidence itself, are then communicated' […] As Espeland and Stevens describe this process, ‚Raw' information typically is collected and compiled by workers near the bottom of organizational hierarchies; but as it is manipulated, parsed, and moved upward, it is transformed so as to make it accessible and amenable for those near the top, who make the big decision. This ‚editing' removes assumptions, discretion and ambiguity, a process that results in ‚uncertainty absorption': information appears more robust than it actually is […] The premises behind the numbers disappear, with the consequence that decisions seem more obvious than they might otherwise have been“ (Davis et al. 2012, S. 76 f.).

Bedenklicher noch erscheint uns der subkutane Transport von bestimmten politischen Sichtweisen, wie er der *Standards setzenden Funktion* von Governance-Indikatoren immanent ist.

> „*Indicators set standards*. The standard against which performance is to be measured is often suggested by the name of the indicator – corruption, protection of human rights, respect for the rule of law, and so on. To the extent that an indicator is used to evaluate performance against one standard rather than another, the use of that indicator embodies a theoretical claim about the appropriate standards for evaluating actors' conduct. Indicators often have embedded within them, or are placeholders for, a much further-reaching theory – which some might call an ideology – of what a good society is, or how governance should ideally be conducted to achieve the best possible approximation of a good society or a good policy. At a minimum they are produced as, or used as, *markers for larger policy ideas*. They may measure ‚success' directly along this axis, or they may measure what, from the standpoint of the theory or policy idea, are pathologies or problems to be overcome. More frequently they address simply some measurable elements within a wider scenario envisaged by the theory or policy idea. *Often the theory or policy idea is not spelled out at all in the indicator but remains implicit.*“ (Davis et al. 2012, S. 77)

Wir finden dieses Beispiel von „global governance by indicators“ äußerst lehrreich: Es zeigt, dass Vermessung sich nicht auf eine technische Dimension reduzieren lässt, sondern eine deutliche Machtkomponente aufweist, ein Aspekt, auf den wir noch mehrfach zurückkommen werden.

III. Weltvermessung als Anwendungsfall von Governance von und durch Wissen

Mit dieser dritten Gruppe von Beispielen nähern wir uns – wenn auch zunächst fast unmerklich – dem uns interessierenden Thema „*Vermessung der Vielfalt von Recht*"; an zwei Beispielsfällen wollen wir zeigen, wie wichtig, ja unverzichtbar es für „Governance von und durch Wissen" ist, nicht nur über ein verlässliches Katasterwesen zu verfügen, sondern auch über eine „*mental map of legal phenomena*" (Twining 2009, S. 117), die Auskunft gibt über das jeweils in Anwendung befindliche Recht.

1. Wissen und frühneuzeitliche Staatsbildung: Zur Notwendigkeit von Wissen über Land und Leute

Wenn man ein Land effektiv regieren will, so bedarf es dazu verschiedener Zutaten (vgl. dazu Schuppert 1994); am wichtigsten erscheinen – außer der symbolischen Ausstattung mit Thron und Zepter – kontinuierlich sprudelnde Staatseinnahmen – der moderne Staat als Steuerstaat –, eine funktionsfähige Verwaltungsorganisation und ein fachlich qualifiziertes Verwaltungspersonal – der moderne Staat als Verwaltungsstaat. Eine weitere zentrale Governance-Ressource aber ist Wissen (ausführlich dazu Schuppert 2008a): deswegen ist der sich herausbildende frühneuzeitliche Staat ein extrem wissbegieriger Staat, ein Befund, den die Beiträge in dem von Peter Collin und Thomas Horstmann herausgegebenen Band *Das Wissen des Staates* (2004) in vielfacher Weise belegen. Zu diesem notwendigen Wissen des Staates gehört auch ein solides, jederzeit abrufbares Wissen über Land und Leute, ist dies doch – wie Karin Gottschalk in ihrem informativen Beitrag „Wissen über Land und Leute. Administrative Praktiken und Staatsbildungsprozesse im 18. Jahrhundert" hervorgehoben hat – für die Rekrutierung von Soldaten und eine effektive Steuererhebung ein unentbehrliches Governance-Wissen:

> „Die Anstrengungen des frühneuzeitlichen Staates, sein Territorium zu ‚inventarisieren', gründeten zum einen in dem mit der Einrichtung stehender Heere verbundenen Bedarf an Basisinformationen über die Bevölkerung (Konskription). Ebenso beförderte das Interesse an einer effektiveren Erhebung ständiger Steuern die Beschaffung möglichst umfassender und aktueller Informationen über die Vermögensverhältnisse der Untertanen. Darüber hinaus war es der intensivierte Herrschaftsanspruch des Zentralstaats, der die Beschaffung von Informationen und die Kommunikation mit den Untertanen vorantrieb. Im Zusammenhang mit der Steuererhebung und dem obrigkeitlichen Herrschaftsanspruch wurden staatliche ‚Großprojekte' der Generierung und Strukturierung von Wissen in Gang gesetzt, die nicht zuletzt durch Aspekte der Herrschaftslegitimierung geprägt waren." (Gottschalk 2004, S. 150)

Zu diesem unentbehrlichen Governance-Wissen gehört es aber auch, über das im landesherrlichen Territorium praktizierte, „lebende Recht" (Ehrlich 1989) Bescheid zu wissen; auch dazu weiß Karin Gottschalk am Beispiel Hessen-Kassels Interessantes zu berichten:

„Am Beispiel Hessen-Kassels wird deutlich, welche Intensivierung die systematische Verschriftlichung, Speicherung und Bereitstellung von lokalen Informationen und Verwaltungswissen in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfuhr. Ebenso deutlich werden aber auch die Probleme der lokalen Beamten mit der Routinisierung solcher Verfahren und die inhaltliche Verweigerung von Untertanen oder kommunalen Amtsträgern. Beides war keineswegs ein hessisch-grebensteinisches Spezifikum. Michaela Hohkamp etwa zeigt für die vorderösterreichische Obervogtei Triberg, daß der 1736 neu eingesetzte Obervogt der Verfügung über amtlich-schriftliches Wissen ganz erhebliche Bedeutung beimaß. Damit konfrontiert, dass die Untertanen die *Beibehaltung alter Herrschaftsbräuche* einforderten, über die keine oder kaum schriftliche Informationen vorlagen, war er gezwungen, sich genaue Kenntnisse über die Herrschaft zu beschaffen. Er stand dabei vor der Wahl, die kommunalen Amtsträger zu befragen oder alte Amtsprotokolle zu durchforsten. Letzteres erwies sich als derart aufwendig und langwierig, daß der Obervogt im Bestreben, sich vom Wissen der lokalen Amtsträger unabhängig zu machen, die bessere Erschließung der Akten seines Vorgängers in Angriff nahm. Die Regierung bat er um die Übernahme eines Großteils der Kosten für die Einrichtung einer Registratur, mit der Begründung, dies läge insbesondere im Interesse der Obrigkeit, weniger in dem der Untertanen. Die Regierung bezahlte daraufhin extra einen Archivar, der für dreißig Tage nach Triberg reiste, um die Registratur einzurichten. […] Der sichere Zugriff auf schriftlich festgelegtes Wissen war von großem Interesse für die Landesherrschaft: *‚Niedergeschriebenes Recht machte die Obrigkeit von der bisweilen verweigerten Kooperation der Herrschaftsuntertanen unabhängig u*nd erlaubte den Obervögten eine kontinuierliche Verwaltungspraxis, die aufgrund des häufigen Ämterwechsels dauernd gefährdet war‘.“ (Gottschalk 2004, S. 163 f.)

2. *Scientific Colonialism:* Zum konstitutiven Zusammenhang von Wissen und Herrschaft für *Colonial Governance*

In der Kolonialismusforschung gilt es als ausgemacht, dass die Erhebung und Nutzbarmachung lokalen Wissens zu den unverzichtbaren Funktionsbedingungen kolonialer Herrschaft gehörte (Cohn 1996). Wegen dieses konstitutiven Zusammenhangs – so weiß Sebastian Conrad in seinem Beitrag über das deutsche und japanische Kolonialregime zu berichten – habe sich in der Literatur der *Begriff des scientific colonialism* durchgesetzt:

„Charakteristisch für das Regieren im kolonialen Raum war der enge Zusammenhang von Herrschaftspraxis mit geographischem, juristischem, linguistischem oder ethnologischem Wissen, […] das bei der Allokation von Befugnissen und Zuständigkeiten eine große Rolle spielte. Im Falle des deutschen und japanischen Kolonialismus – für die sich in der wissenschaftlichen Literatur der Begriff des scientific colonialism eingebürgert hat – gehörte die enge Verbindung von Herrschaft und Wissen zu dem Selbstverständnis einer modernen Kolonialpolitik. Die Konstituierung des kolonialen Wissens diente dazu, die Maßnahmen der Kolonialadministration zu steuern und zugleich die Grenzen zwischen staatlicher Macht und ‚traditionellen‘ Gewalten festzulegen.“ (Conrad 2007, S. 134 f.)

Zu den *Arten des governance-relevanten Wissens* und den bei ihrer Erhebung und Archivierung tätigen Akteuren, unter denen die Vertreter der missionarischen Ethnographie eine besonders prominente Rolle spielten (Bade 1982), heißt es bei Conrad wie folgt:

„Das zugrundeliegende Wissen bezog sich auf die Vermessung und geographische Erfassung des Territoriums, auf die ethnographische Bestandsaufnahme der Bevölkerung, auf die medizinische und ‚rassische‘ Klassifizierung, auf die Frage nach kulturellen Mustern und *rechtlichen Bräuchen*. Für die Erfassung dieses herrschaftsrelevanten Wissens waren unterschiedliche Akteure verantwortlich. Die

> Rolle der Wissenschaftler, Übersetzer und Mediatoren konnte dabei ganz unterschiedlich sein – manche von ihnen reisten als private Akteure, die Mehrzahl mit staatlicher Unterstützung, und einige schließlich explizit in staatlichem Auftrag. Neben denjenigen, die zu Feldstudien nach Afrika reisten, gab es auch die Anthropologen, Mediziner oder Craniologen, die in Deutschland blieben und an der Einordnung, Klassifizierung und Unterscheidung beteiligt waren." (Conrad 2007, S. 139)

Für ein Kolonialreich wie das deutsche, das – im Gegensatz zum japanischen Modell – nur über eine dünne personale Präsenz in den Kolonien verfügte, war es unabdingbar, sich mit *lokalen Governance-Akteuren* zu arrangieren und ihre *Governance-Kapazität* für die eigene Kolonialherrschaft zu nutzen. Diese *lokale Governance-Kompetenz* bestand vor allem in einer auf Wissen und Tradition beruhenden Autorität, die sie auch in die Lage versetzte, als Akteur einer *lokalen Konfliktkultur* zu fungieren und Streitigkeiten nach lokalen Rechtsregeln zu entscheiden. Deswegen war die Vergewisserung über das so genannte „indigene Recht" und die Delegation von Rechtsprechungsbefugnissen an lokale Würdenträger eine der wichtigsten Säulen kolonialer Herrschaft, ein Befund, den Conrad für uns wie folgt zusammengefasst hat:

> „Dieses […] Wissen über die einheimischen Gesellschaften war für eine Politik der begrenzten Delegierung von Herrschaftskompetenzen von Bedeutung. Eines der wichtigsten Felder dieser wissensgestützten Politik des divide et impera war die *Vergewisserung traditioneller Rechtsbräuche*. Deutsche Juristen und Rechtsethnologen begannen etwa seit der Jahrhundertwende, lokales Gewohnheitsrecht zu untersuchen und aufzuzeichnen. Dahinter stand einerseits die selbstgestellte Aufgabe, zu einer ‚Höherentwicklung' rechtlicher Bräuche beizutragen und so die Versprechen der Zivilisierungsmission konkret einzulösen. Zugleich war die Untersuchung des indigenen Rechts jedoch die Grundlage für die *Einrichtung eines dualen Rechtssystems*, das für die koloniale Praxis im deutschen Kolonialbereich charakteristisch war. Koloniale Governance war also durch die Abtretung kolonialrechtlicher Befugnisse im Bereich der Rechtsprechung geprägt. Zivilrechtliche Fälle, die Einheimische betrafen, wurden im Namen der Kolonialregierung von chiefs (lokalen Machthabern) verhandelt; und da die Grundlagen der Rechtsprechung nicht schriftlich fixiert waren, wurden zusätzlich lokale ‚Gelehrte' (etwa die so genannten Wali in Ostafrika) als Autoritäten hinzugezogen […]." (Conrad 2007, S. 141)

Aber dieses für die Ausübung von *scientifical colonialism* benötigte lokale Wissen war nicht nur ein geografisches, rechtliches und administratives Wissen. Wessen es auch bedurfte, war ein ausgeprägtes *kulturelles Wissen*; in ihrem faszinierenden Buch *Der geheime Krieg* hat Eva Horn diesen Sachverhalt am Beispiel des literarischen Klassikers *Kim* von Rudyard Kipling wie folgt plausibel erläutert:

> „Denn in Kiplings Roman zeigt sich, wie Thomas Richards bemerkt, mit für das viktorianische England einzigartiger Deutlichkeit eine Transformation des Imperialismus selbst: Eine Form kolonialer Herrschaft, die nicht mehr auf Ausrottung, Versklavung oder unmittelbare Ausbeutung – also auf direkte Anwendung von Gewalt setzt, sondern die ihre Bestände durch die geschickte Handhabung von Informationen sichert. Vor allem aber diese Information systematisch mehrt – eben durch Intelligence. *Koloniale Intelligence*, die Sammlung des für die koloniale Raumkontrolle relevanten Wissens, stößt allerdings immer auf die Schwierigkeit des Verstehens und der Verständigung. Es braucht Agenten, die nicht nur die zahlreichen Landessprachen sprechen, sondern auch die *kulturellen Codes, Tabus und Gebote der Gesellschaft kennen*, zumal einer so heterogenen wie der Indiens. Im kolonialen Raum besteht darum politische und militärische Aufklärung nicht allein in der Ausspähung des Terrains und des Feindes, sondern vor allem in kultureller Geläufigkeit und sozialem Wissen, in ‚*local know-*

> *ledge*'. Wer die Codes und Tabus der Region nicht kennt und missachtet, das hatten die Briten schockhaft bei der indischen Revolte von 1857 gelernt, kann das Land weder sicher noch effizient beherrschen. Diese Revolte, bekannt geworden als Mutiny, war ein bewaffneter Aufstand der bengalischen und indischen Soldaten. Ausgelöst wurde er durch einen Akt kultureller Unsensibilität: Die Patronenhülse des neu eingeführten Enfiled Rifle waren, so vermuteten die Soldaten, entweder mit Schweine- oder Rindertalg gefettet, was für die hinduistischen oder muslimischen Soldaten inakzeptabel war. Die Revolte weitete sich im Verlauf des Jahres 1857 zu einem in Zentral- und Nordindien immer mehr aufflammenden Aufstand aus, der der Herrschaft der East Indian Company ein Ende setzte. Das indische Reich wurde von nun an direkt unter die Verwaltung der englischen Regierung gestellt." (Horn 2007, S. 182)

IV. Wie wir uns unsere eigene Vermessungsarbeit vorstellen

Wenn wir die drei Vermessungsbeispiele noch einmal Revue passieren lassen, so lässt sich vor dieser Folie unser eigenes Vorhaben relativ leicht erläutern:

- Was wir auf jeden Fall nicht wollen, ist, in den Verdacht eines *Vermessungs-Imperialismus* zu geraten. Es geht nicht darum, unser eigenes Rechtssystem zum Maßstab zu nehmen oder gar – was wir immer als ausgesprochen töricht empfunden haben – einen Rechtsexport im Sinne eines „Law Made in Germany" (Bundesministerium der Justiz 2011) das Wort zu reden. Uns geht es vielmehr um die Erkundung der Vielfalt normativer Ordnungen, ohne ihnen von vornherein ein bewertendes Etikett anzuhängen; insofern ist unser Vorhaben analytischer Natur, eine Vorgehensweise, die wir für die Verwendung des Governance-Ansatzes als Analyseinstrument mehrfach und ausführlich erläutert haben (vergl. Schuppert 2011a; 2011d). Dies ist der erste klarzustellende Punkt.
- Da es uns – wie gesagt – um die Erkundung der Vielfalt normativer Ordnungen geht, schließt dies eine *Beschränkung auf das staatliche Recht notwendig aus*. Staatliches Recht nimmt in der *World of Rules* ohne Zweifel einen zentralen Platz ein, aber auch nicht mehr. Wir halten es hier mit dem Ansatz von *general jurisprudence*, wie er von William Twining (2009) und Brian Z. Tamanaha (2012) verstanden wird, die – wie wir dies auch tun – die Welt des Rechts durch ein *Weitwinkelobjektiv* betrachten; um unsere Sichtweise zu erläutern, möchten wir an dieser Stelle eine Passage aus der Feder Tamanahas zitieren, in der er – wie in seinem gesamten Aufsatz (2012) – die Position Twinings der von Scott Shapiro (2011) gegenüberstellt, der Recht vor allem als staatliches Recht versteht:

  > „A general jurisprudence with genuinely global reach, Twining argues, must recognize the multiplicity of forms and manifestations of law that actually exist around the world today. Twining thus brings within his purview not just state law – heretofore the almost exclusive focus of analytical jurisprudents – but also global law, international law, transnational law, regional law, communal and intercommunal law, sub-state law, and non-state law. Going beyond the law of the US (which Shapiro addresses) and the UK, Twining raises the law of the EU, lex mercatoria, Gypsy law, the unofficial law in

favela's (urban slums), Islamic law, various forms of customary law, and much more." (Tamanaha 2012, S. 10)

Es erscheint uns in der Tat unmöglich zu sein, in einem Beitrag zur Erkundung der Welt des Rechts etwa das stammesrechtliche Gewohnheitsrecht – in Sub-Sahara-Afrika werden nach wie vor circa achtzig Prozent aller Streitfälle vor *customary courts* ausgetragen (näher zu Non-State-Justice Institutions Kötter et al. 2015) – oder das immer mehr an Bedeutung gewinnende religiöse Recht (näher dazu Schuppert i. E.) aus der Betrachtung auszuschließen.

Dies bedeutet keineswegs, der Frage „*What counts as law?*" auszuweichen; wir werden vielmehr im fünften Kapitel einen eigenen Vorschlag unterbreiten, wie mit der Definitionsfrage „Was ist Recht?" umzugehen ist.

- Wenn wir ein Weitwinkelobjektiv benutzen wollen, um eine möglichst große Bandbreite verhaltenssteuernder Regelungen erfassen zu können, dann impliziert dies zwangsläufig eine *interdisziplinäre Arbeitsweise*, für die wir uns durch zahlreiche Vorarbeiten gut gerüstet fühlen. Es geht also nicht um eine rein juristische Perspektive, hätte ein solcher Ansatz doch nach aller Erfahrung den nahezu automatisch eintretenden Effekt, den Sozialwissenschaftler abzuschrecken und zu einem nahezu kommunikationslosen Nebeneinander der Disziplinen zu führen.

  Werner Menski (2012) mag ein wenig übertreiben, hat aber in der Sache wohl Recht, wenn er Juristen wie Sozialwissenschaftlern vorhält, beide an dieser Situation der Kommunikationslosigkeit zwischen den Disziplinen das Ihre beizutragen; den Juristen schreibt er insoweit Folgendes ins Stammbuch:

  „Firstly, law as a discipline and activity often wants to be perceived as something separate from other human concepts and forms of business. Somehow, lawyers perceive themselves as a special caste and feel it would detract from the authority of law if it was polluted by social or religious matter. William Twining […] has eloquently shown how law was put in a black box and tends to be segregated, ignoring that real life always contains what Santos […] calls ‚interlegality', links between different kinds of law. Lawyers, however, love to dismiss ‚dirty words' like pluralism and diversity and then of course miss key messages about the ubiquitous nature of law […] and fail to spot ‚living law' right in front of them." (Menski 2012, S. 77)

  Aber auch die Sozialwissenschaftler kommen nicht ohne Ermahnung davon:

  „Secondly, and probably more damaging, many social scientists are desperately trying to keep lawyers out of their allotments or cabbage patches. […] One has to wonder why. Do they simply not trust lawyers, who tend to be sharks? Or is there more to this than sharp tongues (or should I say teeth) and fear of professional domination? It does appear that the post-Enlightenment methodology of division of law and culture, and specifically of law and religion, still blinds scholar today, blocking a full view of the inherent connectedness of law and life." (Menski 2012, S. 77)

Diese von Menski aufgeworfene „Schuldfrage" kann hier getrost offen bleiben, sie zeigt aber, welche Automatismen häufig das Verhältnis von Disziplinen zueinander bestimmen.

An der Erkundung der *World of Rules* mitzuwirken, ist unserer Auffassung nach Aufgabe aller derjenigen Disziplinen, die sich – aus welcher Perspektive auch immer – für die *Funktion und Wirkungsweise von Recht* (im weiteren Sinne) interessieren – was durchaus viele sein müssten.

Wir selbst können dieses weite disziplinäre Feld naturgemäß auch nicht ansatzweise abdecken und können nur versuchen, auf unsere Art und Weise zum *interdisziplinären Brückenschlag* beizutragen. In diesem Sinne möchten wir einmal das *Governance-Konzept* einbringen, ist doch der Governance-Begriff in der *scientific community* inzwischen als *Brückenbegriff* weitgehend anerkannt (näher dazu Schuppert 2005a; 2011d), der insbesondere als Ort des Gesprächs zwischen Rechts- und den Sozialwissenschaften zu fungieren vermag; dementsprechend wird uns die *Governance-Brille* auch während des gesamten Bandes treu begleiten.

Governance hat – darüber besteht weitgehend Konsens – immer mit bestimmten *Governance-Kollektiven* zu tun (Zürn 2008) und mit den diese Kollektive prägenden *Regelungsstrukturen* (Mayntz 2005, Franzius 2006). Von hier ist es wirklich nur ein kleiner Schritt zu *zwei soziologischen Perspektiven*, denen wir uns bei der Arbeit an diesem Buch stets besonders verpflichtet gefühlt haben; dies ist einmal die *gruppensoziologische Perspektive*, die insbesondere im zweiten und fünften Kapitel eine große Rolle spielt, zum anderen die *rechtssoziologische Perspektive*, die den ganzen Band durchzieht und uns dazu animiert, der Sache nach – und dieses Anliegen müsste Max Weber gefallen – der *Entwicklung einer Regelungssoziologie* das Wort zu reden; aber davon später mehr.

- Von hier ist es wiederum kein weiter Weg zu einer weiteren, uns besonders wichtigen Perspektive, die man als *wissenssoziologisch* bezeichnen könnte. Es geht dabei einmal – aus der Governance-Forschung wohl vertraut – um das für das Design und die Veränderung von *Regelungsstrukturen* unentbehrliche *Regelungswissen* (näher dazu Schuppert 2008c), aber auch um das vom Wissenschaftsrat in seiner Stellungnahme zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (2012) angesprochene *Reflexionswissen*, zu dessen Bedeutung dieser in nachdenkenswerter Weise Folgendes ausgeführt hat:

  „Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, das Recht in seiner spezifischen Eigenschaft eines zentralen Steuerungsmediums der Gesellschaft neben anderen Steuerungsmedien wie Markt, Politik, Moral oder Religion zu reflektieren. Seit der Antike gilt die Achtung von Recht und Gesetz als Grundvoraussetzung einer guten und gerechten Ordnung. Dies verweist darauf, dass mit Hilfe der Wissenschaft *Reflexionswissen tradiert und diskursiv weiterentwickelt wird*, das der Gesellschaft kontinuierlich zur Verfügung steht. Daraus ergibt sich auch die Korrektivfunktion von Recht gegenüber Markt, Politik, Moral oder Religion. Die Rechtswissenschaft beteiligt sich am Diskurs über gesellschaftliche Leitideen, so etwa in Bezug auf Gerechtigkeit, Freiheit, Menschenwürde und Solidarität. Sie übernimmt diese Auf-

gabe nicht exklusiv, wohl aber in einer spezifischen, nämlich durch den Geltungsanspruch des Rechts und die mit ihm verbundenen Allgemeinverbindlichkeitsbehauptung geprägten Weise.“ (Wissenschaftsrat 2012, S. 33)

Aber bleiben wir noch einen Moment beim sogenannten *Regelungswissen* und der interessanten Anschlussfrage, wie es in Staat und Gesellschaft verteilt ist. Denn die *Wissensgesellschaft* ist einmal dadurch gekennzeichnet, dass eine zunehmende Anzahl von Akteuren über einen zunehmenden Fundus verschiedenartigen Wissens verfügt und – darauf gestützt – staatlichen Plänen und Maßnahmen eigenes Wissen entgegensetzten kann: „Die Wissensgesellschaft produziert eine stark wachsende Anzahl von informierten Akteuren“ (Stehr 2009, S. 287), und „da definierte, auf wissenschaftlicher Erkenntnis basierende Lösungen immer weniger möglich und sie auch in diesem Sinne akzeptiert werden, wächst die Zahl der Personen und Gruppen, die wissenschaftliche Argumente für sich, d. h. für ihre unterschiedlichen Interessen mobilisieren können“ (Stehr 2009, S. 284). Zum anderen nimmt – gewissermaßen spiegelbildlich – die Fähigkeit des Staates oder anderer großer sozialer Institutionen ab, den Zugang zur Ressource Wissen zu kontrollieren oder gar zu monopolisieren: Denn je mehr neue Wissensformen entstehen und je vielfältiger die Produktionsweisen von Wissen werden, desto schwieriger wird es, diesen Prozess der Pluralisierung und Diffusion von Wissen staatlich zu steuern, geschweige denn effektiv zu kontrollieren (zu diesem Kontroll- und Regulierungsaspekt siehe Stehr 2003).

Man wird sogar noch einen Schritt weiter gehen und sich überlegen müssen, welche Gefahren sich aus der offenbar zunehmenden staatlichen Abhängigkeit von der Zufuhr nichtstaatlichen Wissens ergeben können. Andreas Voßkuhle hat hier insbesondere die Gefahr der Vernachlässigung staatlicher Wissensbestände ausgemacht und dieser Sorge wie folgt Ausdruck verliehen:

„Wissen ist Macht. Das gilt gerade auch für den Staat, dessen Herrschaftsgewalt in dem Maße verlorengeht, in dem seine eigenen Wissens- und Erfahrungsbestände schrumpfen. Der Rückgriff auf privaten Sachverstand vermag diese Entwicklung zwar abzufedern, er beschleunigt sie aber zugleich, weil die Notwendigkeit, die staatsinterne Wissensorganisation am Leben zu erhalten und zu optimieren, allzu schnell aus dem Blick gerät. Die produktive Koppelung staatlichen und privaten Wissens setzt indes zwingend voraus, dass auf Seiten des Staates überhaupt noch ausreichendes Wissen vorhanden ist. Andernfalls verliert der Staat jegliche Steuerungs-, Kontroll- und Korrekturmöglichkeit; nur der informierte Staat ist in der Lage, seine Gewährleistungsverantwortung für das Gemeinwohl effektiv wahrzunehmen.“ (Voßkuhle 2005, S. 454 f.)

Auch diese Überlegungen sprechen dafür, einer *staatszentrierten Perspektive* mit deutlicher Zurückhaltung zu begegnen, womit wir eigentlich schon fast zum nächsten Gliederungspunkt übergehen könnten, bei dem es um die zentrale Frage gehen soll, warum eigentlich eine Neuvermessung des Terrains des Rechts erforderlich ist; aber bevor wir diese Frage zu beantworten suchen, soll noch ein letzter, für die geplante Vermessungsarbeit wichtiger Aspekt angesprochen werden.

- Die Aufgabe, die *World of Rules* zu vermessen, würde zu kurz greifen, würde man sich darauf beschränken, abgeschlossene Entwicklungen nachzuzeichnen und zu systematisieren. Der „Vermessungsingenieur" muss auch ein Gespür für sich anbahnende Entwicklungen haben und sich als Mitarbeiter auch der *rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung* (grundlegend dazu Hoffmann-Riem und Schneider 1998) verstehen und auf diese Weise – wie vom Wissenschaftsrat angemahnt (2012, S. 9) – „aktiv an der Setzung und Bildung von Recht beteiligen"; diese Aufgabe sei an einem kleinen Beispiel verdeutlicht:

  Helmut Philipp Aust hat sich in einem kürzlich erschienenen Beitrag mit der zunehmend wichtiger werdenden Rolle von „Megacities" beschäftigt, vor allem als Governance-Akteuren in globalen Klimaschutzregimen (Aust 2013; zur Rolle von Megacities als Orten des Politischen siehe auch Preuß 2013). Dies lässt ihn die Frage stellen, ob wir uns „auf dem Weg zu einem Recht der globalen Stadt" befinden: begreife man nämlich städtische Metropolen als global agierende Akteure, die sich auch in sie verpflichtender Weise in bestimmte Governance-Regime einbringen, so entstünden daraus bisher unbeantwortete Herausforderungen an die Rechtsordnung, und zwar insbesondere an das Völkerrecht – Herausforderungen, die Aust anschaulich wie folgt beschreibt:

  > „Auch auf der Grundlage eines offeneren Akteursverständnisses stellt sich [...] die Frage nach der Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht in den internationalen Beziehungen. Es würde die Leistungsfähigkeit von rechtlichen Kategorien überfordern, wenn allen normativen Äußerungen und Erwartungen von Akteuren automatisch rechtliche Relevanz zukommen würde. Völkerrechtliche Kategoriebildung muss auf der Grundlage der Einsicht erfolgen, dass nicht alle Bereiche staatlichen und anderen öffentlichen Handelns in gleichem Maße einer ‚Legalisierung' oder Juridifizierung zugänglich sind. Es bleibt somit eine Aufgabe der Völkerrechtswissenschaft, im Hinblick auf die hier dargestellten Phänomene *Kategorien zu entwickeln, die eine sinnvolle Grenzziehung zwischen Recht und Nicht-Recht ermöglichen*. Die Rechtsquellenlehre und insbesondere ihre klassische Manifestation in Art. 38 IGH-Statut kann hierbei nur ein erster Anhaltspunkt sein. Ein Kriterium für eine weiterführende Grenzziehung könnte im Licht der hier beschriebenen Phänomene zunächst die ‚Imitation' rechtsförmigen Handelns darstellen. Bedienen sich ‚neue Akteure' einer Sprache, die an hergebrachte rechtlich relevante Handlungsformen erinnert, ließe sich eine Vermutung formulieren, dass solches Handeln intendiert ist, mehr als nur politisch-moralische Verpflichtungen zu schaffen. Der so in den Blick genommene mutmaßliche Wille der handelnden Akteure kann jedoch nur ein Faktor sein. Insbesondere die Verquickung mit anerkanntermaßen rechtsförmig handelnden Institutionen wie der Europäischen Kommission oder der Weltbank kann weitere Indizien für rechtliche Relevanz liefern. Schließlich ist Handeln mit öffentlichen Mitteln rechtfertigungsbedürftig: Sobald sich Fragen der Verteilungsgerechtigkeit stellen, ist die Rechtswissenschaft aufgefordert, sich mit den hier beschriebenen Kooperationsphänomenen zu beschäftigen. Dies würde natürlich erst recht gelten, wenn im Rahmen einer solchen grenzüberschreitenden Kooperation von Städten und Gemeinden in die Rechte von Einzelnen eingegriffen würde." (Aust 2013, S. 702)

Nach diesem kleinen Seitenblick auf die von einer entwicklungsoffenen Rechtswissenschaft zu leistenden Arbeit wollen wir uns nun der Frage der Notwendigkeit einer Neuvermessung der Welt des Rechts zuwenden.

B. Zur Notwendigkeit der Neuvermessung der Welt des Rechts

Die Aussage, dass die Welt des Rechts einer Neuvermessung bedarf, ist nicht nur immer häufiger zu hören, sondern auf bestem Wege, einer „Verhausschatzung“ anheimzufallen, also als Argument zum Hausschatz all derjenigen zu gehören, die sich im Bereich des Rechts als Kommunikationsraum bewegen. Dabei wird die Brüchigkeit der Formel *Recht = Staat* zumeist angesichts der Entstehung von Regelungssystemen auf der globalen Ebene konstatiert. Jedoch gibt es auch auf der nationalstaatlichen Ebene und darunter Regelungen, die nicht allein der Staat gesetzt hat, worauf im Verlaufe dieses Buches noch eingehend eingegangen wird. Für einen Einstieg wollen wir aber zunächst die Infragestellung betrachten, welche die Formel *Recht = Staat* durch Phänomene der überstaatlichen Regelsetzung erfährt.

Als besonders engagierter Vertreter einer Neu-Konzeptionierung der Rechtswissenschaft ist der Wissenschaftsrat in seiner schon mehrfach zitierten Stellungnahme hervorgetreten, in der es pointiert wie folgt heißt: „Internationalisierung und Europäisierung des Rechts, vor allem durch das *Aufbrechen der nationalstaatlich geschlossenen Rechtssysteme* verlangt […] eine Methodik, die internationale Perspektiven reflektiert und kritisch integriert“ (Wissenschaftsrat 2012, S. 29). Damit ist der Hauptfeind einer international anschlussfähigen Rechtswissenschaft benannt: es ist die Zentriertheit auf den in sich geschlossenen Block des nationalstaatlichen Rechts, der – in der Diktion Patrick Glenns (2013) – als „element of closure“ fungiert und der überfälligen Entwicklung des Nationalstaates zum „cosmopolitan state“ entgegensteht. Daher ist zunächst ein erinnernder Blick auf die Gleichung *Recht = Staat* bzw. *Staat = Recht* zu werfen.

I. Recht = Staat und Staat = Recht als Kurzformel für eine unverbrüchlich scheinende, aber zunehmend scheidungsgefährdete Ehe

Zwei Belege sollen an dieser Stelle zunächst einmal die Prägekraft dieser dominanten Formel *Recht = Staat* aufzeigen.

Die erste Belegstelle entnehmen wir dem Artikel „Recht, Theorie des Rechts, Rechtsphilosophie“ aus der Feder Peter Baduras, der 1971 in dem Fischer-Lexikon „Recht“ erschienen ist; bevor wir sie wiedergeben, sei ein Blick auf die ersten Sätze der Einleitung zu diesem Lexikon geworfen, in der die drei Herausgeber die folgende Botschaft formuliert haben:

> „Die Rechtsordnung ist das Rückgrat unserer Gesellschaft. Die Mechanismen sozialer Steuerung und Kontrolle, die unsere hochindustrialisierte Zivilisation funktionsfähig halten, treten uns heute, nachdem Moral, Sitte und Konvention in der Unverbindlichkeit des Privaten wirkungslos geworden sind, allesamt in den Formen des Rechtes entgegen. Die Paragraphen, die einem alten kulturkritischen Klischee zufolge staubige Lebensferne symbolisieren sollen, lenken in Wahrheit als bindende Verhaltensregeln das Dasein des einzelnen wie der Gesamtheit wirkungsmächtiger denn je. Das wird auch in

> Zukunft so sein. Denn alle neuen Erkenntnisse der empirischen Sozialwissenschaften und alle politischen Forderungen, die unsere Gesellschaft den sich rasch wandelnden Lebensbedingungen anpassen wollen, können nur durch ihre Umsetzung in Rechtsnormen sozialgestaltende Macht gewinnen.“ (Badura et al. 1971, S. 7)

Dieser staatliche *Steuerungs- und Gestaltungsanspruch des Rechts* ist es auch, der von Peter Badura in eindringlicher Weise herausgearbeitet wird, wenn er die *Funktionslogik des neuzeitlichen Staates* wie folgt beschreibt:

> „Die Machtmittel, durch die der absolutistische Fürstenstaat seine innere Souveränität zu stabilisieren vermag und die zugleich die kennzeichnende Eigenart seiner Herrschaft ausmachen, sind die als Werkzeug des fürstlichen Willens organisierte und dem Leistungsgrundsatz, nicht der Standeszugehörigkeit nach berufene und beförderte Beamtenschaft (‚Staatsdiener‘) und das nicht auf feudaler Gefolgschaft, sondern auf Aushebung und Anwerbung beruhende stehende Heer (‚miles perpetuus‘). Die ausschlaggebende Sozialtechnik aber, durch die Feudalgesellschaft in die absolutistische Untertanengesellschaft umgewandelt wird, ist *die staatliche Rechtsetzungsmacht*. Durch die gesetzgebende Gewalt, die inhaltlich umfassende *Fähigkeit des Staates zur Schaffung neuen Rechts*, wird der Staat dazu instand gesetzt, sämtliche sozialen Zustände und Vorgänge nach seinem Willen zu beeinflussen. Der Staat und seine durch überlegene Macht zur Anerkennung gebrachte Rechtsetzungsmacht sind die wesentlichen Instrumente, mit denen die nachmittelalterliche Gesellschaft ihre neuen Ziele und Interessen durchzusetzen vermag, die bürgerliche Gesellschaft sich Bahn bricht. Durch die Souveränität und das daraus abgeleitete *Monopol der staatlichen Rechtserzeugung* legitimiert, tritt der Staat als die politische Organisation der neuzeitlichen Gesellschaft an die Stelle der mittelalterlichen Doppelherrschaft von weltlicher und geistlicher Macht, setzt sich die staatliche Rechtsordnung an die Stelle der mittelalterlichen Doppelordnung weltlichen und geistlichen Rechts und wird die Anarchie partikulärer und regionaler Rechtsquellen allmählich überwunden. Die bürgerliche Wirtschaftsgesellschaft schafft sich eine einheitlich geltende, berechenbare und staatlich garantierte Rechtsordnung.“ (Badura 1971, S. 120)

Noch vierzig Jahre später hat sich an diesem Grundduktus nichts geändert und erscheint die Formel *Recht = Staat* von unverbrüchlicher Gültigkeit. In seinem Festvortrag in der öffentlichen Sitzung der Göttinger Akademie der Wissenschaften am 29. Mai 2008 mit dem Titel „Woher kommt das Recht?“ hat Christian Starck dazu unter der Überschrift „Identität von Recht und Staat?“ Folgendes ausgeführt:

> „Wenn man das Recht in den Gesetzen verkörpert sieht, scheint die Antwort leicht zu sein. Gesetze werden vom staatlichen Gesetzgeber erlassen. So kommt das Recht also vom Staat. Das gilt auch für kommunale Satzungen, die in irgendeiner Weise auf staatlicher Ermächtigung beruhen. Diese Wendung unserer Frage nach der Herkunft des Rechts zum Gesetzesbegriff, d. h. die Suche des Rechts im Gesetz, ist Ausdruck der neuzeitlichen Vergesetzlichung des Rechts. […]
>
> Hans Kelsen hat in Überspitzung dieser neuzeitlichen Auffassung Recht und Staat geradezu identifiziert. Der Staat schafft nicht nur das Recht, sondern ist seinerseits begrifflich ein System von Rechtsnormen. Ist der Staat ein Normensystem, könne er nur die positive Rechtsordnung sein, weil neben dieser die Geltung einer anderen Ordnung ausgeschlossen sein müsse.“ (Starck 2009, S. 87 f.)

Zwar gebe es auch das Europarecht und das Völkerrecht; dies ändere aber an dem erhobenen Befund nichts:

> „Die Überlegungen zum Europarecht und zum Völkerrecht haben die Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, nicht verändert. Das Recht kommt vom Staat entweder unmittelbar durch staatliche Gesetzgebung bzw. Vertragsschluss mit anderen Staaten oder mittelbar durch Ermächtigung nach unten auf intrastaatliche Einheiten oder nach oben auf suprastaatliche Ebene. Die Verbindung von Recht und Staat ist – wie wir gesehen haben – etatistisch in dem Sinne, dass der Staat Schöpfer allen Rechts ist." (Starck 2009, S. 88)

Auch die Tatsache, dass Private aufgrund der ihnen eingeräumten Privatautonomie im Vertragswege Recht setzen könnten, relativiere die Dominanz staatlichen Rechts nur marginal, handle es sich doch – wie Starck selbst es in Fußnote 12 seines Beitrags formuliert – um „gesetzlich gezähmte Verträge" als Ausdruck der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für das gesamte Rechtssystem.

Wir überlassen es Thomas Duve, die bis in die Ausgestaltung der juristischen Ausbildung zum Ausdruck kommende *Staatszentriertheit des Rechtsdenkens* noch einmal präzise nachzuzeichnen, und zwar vom „langen" 19. Jahrhundert bis heute; Ausgangspunkt ist ein Prozess, den man als *Verstaatlichung des Rechtssystems* bezeichnen kann:

> „‚Recht' wurde mit ‚staatlichem Gesetz' gleichgesetzt, die Rechtswissenschaft richtete sich dementsprechend auf den Staat und sein Recht: das positive, von den nationalstaatlichen Institutionen erlassene Gesetz. Ähnliches galt für die Justiz: Man bemühte sich um die Etablierung eines staatlichen Justizmonopols und um eine zunehmende ‚*Verstaatlichung*' *der Justiz*, ob nach föderalem oder zentralistischem Organisationsprinzip. […] Es sind diese nationalstaatliche Tradition und das darauf aufgebaute disziplinäre Selbstverständnis, die bis heute die Rechtswissenschaft prägen – in Deutschland selbst, in vielen Teilen Europas, mit Abstrichen auch in anderen Regionen, die sich an diesem Modell orientiert haben. Die Kodifikationen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts sind der bis heute sichtbarste Ausdruck dieser von manchen Beobachtern als ‚*juristischer Absolutismus*' bezeichneten, zutiefst mit dem Nationalstaat verbundenen Vorstellung von Recht und Rechtswissenschaft – trotz mancher Tendenzen zur ‚Dekodifikation' bis heute gepflegte Denkmäler der Bemühungen um Nationalisierung und Zentralisierung von Recht und Justiz" (Duve 2013b, S. 4)

Gerade angesichts dieser weitgehenden Einigkeit unter Rechtswissenschaftlern, reizt es uns, die Formel

Recht = Staat

noch einmal in den Prüfstand bitten, um sich dann ihre beiden Teilelemente „*Recht*" und „*Staat*" mit dem voraussehbaren Ergebnis genauer anzusehen, dass beide Teilelemente ihrerseits jeweils eine ausgeprägte *Eigendynamik* aufweisen, die der Verwendungsweise von *Recht = Staat* als *statische Weltformel* zunehmend ad absurdum führt.

Diesen Gedanken gilt es jetzt näher zu entfalten.

II. Zur Formel *Recht = Staat* als einer Formel mit zwei in sich äußerst dynamischen Teilelementen

Wenn heute über den Staat gesprochen oder geschrieben wird, so ist die Formulierung „*Wandel von Staatlichkeit*“ nicht weit; wir selbst haben uns an dieser Wandel-Diskussion mit Engagement und Freude beteiligt und können der Versuchung nicht widerstehen, aus unserer Abhandlung wenigstens die ersten drei Sätze zu zitieren:

> „Der Redeweise vom Wandel von Staatlichkeit ist kaum noch zu entkommen, noch nicht einmal durch die zugegebenermaßen etwas altmodische Methode des Auswanderns in fremde Weltgegenden. Kaum dem Auswanderungsschiff entstiegen, trifft man – wie das Mai-Heft 2007 ‚Aus Politik und Zeitgeschichte‘ titelt – auf ‚Neue Formen von Staatlichkeit‘ und/oder so genannte Räume begrenzter Staatlichkeit, die besondere Governance-Probleme aufwerfen. Wie selbstverständlich wird – wohin man auch blickt – von der ‚Wandlungsfähigkeit des Staates‘ ausgegangen; die von den zahlreichen Wandel-Autoren entworfenen Szenarien sind überaus vielfältig und reichen von der Verabschiedung des Staates bis zu Versuchen seiner ‚Re-Inthronisierung‘.“ (Schuppert 2008c, S. 325)

Diese Semantik ist hier nicht noch einmal zu referieren; für den vertiefungswilligen Leser empfehlen wir einerseits den Beitrag von Philipp Genschel und Bernhard Zangl mit dem Titel „Metamorphosen des Staates – Vom Herrschaftsmonopolisten zum Herrschaftsmanager“ (2008), zum anderen den von Arthur Benz, der 2013 in einem Sammelband mit dem bezeichnenden Titel *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen* (Voßkuhle et al. 2013) erschienen ist.

Wenn über Recht gesprochen oder geschrieben wird, so ist auch hier der Betonung der *Eigendynamik des Rechtssystems* kaum zu entkommen; unser Lieblingszeuge ist insoweit der Wissenschaftsrat, der in seiner schon erwähnten Stellungnahme zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ dazu in überzeugender Weise Folgendes ausgeführt hat:

> „Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, Voraussetzungen, Geltungsbedingungen und Effekte dieses zentralen gesellschaftlichen Steuerungsmediums [d. h. des Rechts, G. F. S.] unter den sich verändernden Bedingungen moderner Vergesellschaftung zu erforschen. Das Recht steht stets in Auseinandersetzung nicht nur mit dem äußeren, sondern auch mit dem permanent durch das Rechtssystem selbst erzeugten Wandel. Es ist daher von externer wie interner *Dynamik* gekennzeichnet. Derzeit verändert sich das Recht insbesondere durch Prozesse der Internationalisierung und Europäisierung. Das nationale Recht wird vom europäischen Recht durchdrungen und (partiell) verändert. Davon sind nicht mehr alleine das nationale Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht betroffen, sondern auch Teilbereiche wie das Schuldrecht, das Familien- und Erbrecht oder das Strafrecht. Durch die Europäisierung des Rechts und die Rechtsprechungspraxis der zu seiner Anwendung berufenen europäischen Gerichte entsteht eine eigene neue *Dynamik*, die, in anderer Weise als bislang bekannt, existierende Normenhierarchien streitig stellt und Fragen für die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung in allen Teilbereichen des Rechts aufwirft. Das Zusammentreffen staatlicher Hoheitsrechte mit internationalen Rechtskreisen und nicht-staatlichen Normordnungen führt zudem zu Pluralisierungen von Rechtsordnungen. Der nach wie vor staatlich geprägte Rechtsraum wird durch die Wahrnehmung von Normierungsaufgaben durch Private (in Regelwerken von Verbänden wie beispielsweise DIN, TÜV oder DFB oder Geschäftsbedingungen so genannter sozialer Netzwerke im Internet) sowie durch bestehende oder sich neu herausbildende nichtstaatlich geprägte Ordnungsvorstellungen mit

> starken Verbindlichkeitsstrukturen (beispielsweise religiöse Gemeinschaften) verändert." (Wissenschaftsrat 2012, S. 26 f.)

Wenn sich dies so verhält, dann sind nicht nur – wie Wolfgang Hoffman-Riem dies kürzlich formuliert hat (2013) – tiefgreifende „*Umbauten im Hause des Rechts*" erforderlich, sondern man wird von einer notwendigen *Dauerbaustelle des Rechts* sprechen müssen. Wandeln sich Staat und Recht permanent, so erscheint allein eine *Prozessperspektive* auf beide Teilelemente der Formel Recht = Staat angemessen zu sein. Für den Bereich des Staates haben wir in der Tat einen Schritt in diese Richtung getan und in staatstheoretischer Absicht vorgeschlagen von „*Staat als Prozess*" zu sprechen (Schuppert 2010); wir würden jetzt genau auch den dazu passenden zweiten Schritt tun und vorschlagen, fürderhin von „*Recht als Prozess*" zu sprechen. Betrachtet man Staat und Recht als Prozesse, so wird augenfällig, dass beide durch dieselben Dynamiken geprägt sind:

Einmal fällt die bemerkenswerte Übereinstimmung der zur Veranschaulichung verwendeten Beispiele auf: auf der Seite des Staates wie auf der des Rechts finden sich dieselben Schlüsselbegriffe, also Europäisierung, Transnationalisierung, Privatisierung, Informalisierung usw. Dies kann auch nicht überraschen, wenn man bedenkt, dass moderne Staatlichkeit *rechtsgeprägte Staatlichkeit* ist, in der – wie es in den Einleitungssätzen des Lexikons *Recht* zutreffend heißt – Politik nur durch ihre *Umsetzung in Rechtsnormen* sozial gestaltende Macht gewinnen kann. Insofern gehen Veränderungen auf der Seite des Staates und auf der Seite des Rechts notwendig Hand in Hand.

Sieht man aber noch etwas genauer hin, dann wird alsbald klar, dass die genannten Schlüsselbegriffe auf der Seite des Staates und auf der Seite des Rechts eine durchaus unterschiedliche Bedeutung haben können. Privatisierung von Staatsaufgaben – etwa im Bereich von Bahn und Post –meint etwas anderes als Privatisierung des Rechts und Transnationalisierung der Staatstätigkeit – beispielsweise der Umweltpolitik – meint etwas anderes als Entstehung eines transnationalen Rechts; auch die Informalisierung staatlicher Steuerung – etwa durch Informations- und Überzeugungsprogramme – ist etwas anderes als Informalisierung des Rechts im Sinne einer Erweiterung der klassischen Rechtsquellenlehre. In allen drei Beispielen sind bei genauerem Hinsehen Prozesse einer *graduellen Entstaatlichung des Rechts* bzw. – wie Frank Schorkopf es unlängst formuliert hat (2014) – einer *Entrechtlichung des Rechts* zu beobachten, also ein *Auseinanderdriften* der beiden Teilelemente der Weltformel Recht = Staat.

Dies scheint uns die eigentlich interessante Beobachtung zu sein, die wir zum Anlass nehmen wollen, in einem gesonderten Gliederungspunkt einen etwas näheren Blick auf die Phänomene der Kopplung und Entkopplung von Staat und Recht zu werfen.

C. Kopplung und Entkopplung von Staat und Recht als Erscheinungsformen des Wandels von Staatlichkeit

I. Verstaatlichung und Entstaatlichung des Rechts?

Der Prozess des Wandels von Staatlichkeit kann – wie Philipp Genschel und Bernhard Zangl dargetan haben – als ein *Prozess der Verstaatlichung und Entstaatlichung von Herrschaft* beschrieben werden. Sie präsentieren in ihrem Beitrag über „Metamorphosen des Staates" die zentrale These, dass auf den Prozess der Verstaatlichung von Herrschaft – den sie übrigens zutreffend nicht nur als instrumentelle Verstaatlichung durch Monopolisierung staatlicher Entscheidungsgewalt verstehen, sondern der nach ihrer Auffassung auch die legitimatorische Verstaatlichung, also die Aneignung von Ressourcen zur Legitimierung staatlicher Herrschaft, umfasst – ein Pendelschwung in Richtung einer Entstaatlichung politischer Herrschaft stattgefunden habe, der in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eingesetzt und seit den 1970er Jahren an Fahrt aufgenommen habe: „Der Prozess der immer weiteren Verstaatlichung von Herrschaft […] wird spätestens seit den 1970er Jahren durch eine gegenläufige Entwicklung der Entstaatlichung überlagert. […] Das staatliche Herrschaftsmonopol erodiert." (Genschel und Zangl 2008, S. 440)

Wenn an dieser These „etwas dran ist", dann müsste dieser Pendelschwung von Verstaatlichung und Entstaatlichung auch einen der zentralen Grundpfeiler moderner Herrschaft – das Recht – ergriffen haben und ergreifen: nicht von ungefähr hatte sich der frühneuzeitliche Staat im Kampf um die Schlüsselmonopole auch das Monopol der Rechtsetzung und der Rechtsdurchsetzung gesichert. Also – so steht zu vermuten – müsste auf den Prozess der Verstaatlichung des Rechts inzwischen eine Gegenbewegung eingesetzt haben, die man – wie gerade besprochen – als *Entstaatlichung des Rechts* bezeichnen könnte und die die Notwendigkeit begründet, den lange Zeit dominierenden *etatistischen Rechtsbegriff* auf dem Kirchhof der Rechtsgeschichte zu bestatten.

Und in der Tat gibt es gewichtige Stimmen, die einen solchen Entstaatlichungsprozess des Rechts diagnostizieren, und zwar im Gefolge von zwei moderne Staatlichkeit charakterisierenden Prozessen, nämlich der *Globalisierung* auf der einen Seite und des *Bedeutungsgewinns privater Akteure insbesondere bei der Rechtsproduktion* auf der anderen (zum Bedeutungsgewinn nicht staatlicher Akteure vgl. die Beiträge in: Schuppert 2006); zu dieser *Globalisierung und Privatisierung des Rechts* heißt es in dem programmatischen Artikel von Ulrich Sieber über „Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt" unter der Überschrift „Entstaatlichung des Rechts und neue Akteure" zusammenfassend:

> „Die dargestellten Veränderungen der normativen Steuerungssysteme haben bereits gezeigt, dass eine ‚*Entstaatlichung*' *des Rechts vor allem auf zwei Ebenen erfolgt*: Im Bereich der klassischen hoheitlichen Regulierung entstehen im Außenverhältnis der Nationalstaaten aufgrund der politischen Steuerung durch internationale und supranationale Institutionen regionale oder globale Regelungen. Diese ‚*Entnationalstaatlichung*' von öffentlichrechtlichen und gemeinwohlorientierten Regulierungen wird

> *im Innen- und Außenverhältnis der Nationalstaaten durch eine zunehmende Normsetzung von privaten Akteuren* ergänzt, die in zahlreichen fragmentierten Bereichen eigene transnational wirksame Regelungen schaffen. Anders als die Normen der internationalen Institutionen entwickeln sich diese privaten Regelungen jedoch nicht durch politische Prozesse eines politischen Managements ‚von oben', sondern durch gesellschaftliche Prozesse ‚von unten'; sie beruhen nicht mehr auf hoheitlicher Rechtsetzung des territorial organisierten Staatsvolks, sondern auf der Mitgliedschaft in personalen Verbänden, auf der vertraglichen Akzeptanz von standardisierten Regelungen und auf Aushandlungsprozessen. Dies führt zu dem oben beschriebenen Verschwimmen der klassischen Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht sowie zu *fließenden Übergängen zwischen Recht und anderen normativen Ordnungen.*" (Sieber 2010, S. 169)

Obwohl auch wir selbst seit längerem anmahnen, den Blick über die staatliche Rechtsetzungstätigkeit hinaus auf die gesamte Bandbreite der *World of Rules* zu richten und deshalb von der Notwendigkeit einer zeitgemäßen Regelungswissenschaft überzeugt sind (dazu später mehr), zögern wir nach wie vor, uns dem Begriff der Entstaatlichung anzuvertrauen, da er die sich vor unseren Augen abspielenden Prozesse einer zunehmenden *Pluralisierung von Normproduzenten* allzu sehr vereinfacht. Wir ziehen es vielmehr vor, mit Christoph Möllers von einer *graduellen Entkopplung von Staat und Recht* zu sprechen (Möllers 2001), also von einem – auch nach Rechtsbereichen und Regelungsgegenständen variierenden – in verschiedenen Entwicklungsstufen sich vollziehenden Prozess, für dessen Beschreibung es einer *skalierenden Begriffssprache* bedarf. Eine solche uns erforderlich erscheinende *Stufensemantik* finden wir auch im Bereich der Forschung zu *global governance*. Einer ihrer führenden Theoretiker – Michael Zürn – hat eine häufig zitierte Dreiteilung von Regieren jenseits des Nationalstaates vorgeschlagen (Zürn 1998), nämlich

- governance by government
- governance with government und
- governance without government.

Bezugspunkt ist also der Staat und seine Regierung; von diesem fixen Ausgangspunkt her lassen sich dann – so Zürn und ihm folgend die überwiegenden Literaturstimmen – die genannten drei Modi des Regierens in plausibler Weise unterscheiden.

Wenn wir dieses Beispiel noch einmal Revue passieren lassen, dann liegt es nahe, auch in dem bisher so engen Beziehungsgeflecht von Staat und Recht unterschiedlich intensive Näheverhältnisse zu markieren, etwa indem man

- Recht durch den Staat
- Recht mit dem Staat und
- Recht ohne Staat

unterscheidet. Dabei entspricht der erste Typus der althergebrachten Formel Staat=Recht, wohingegen Typ 2 und 3 Konstellationen bilden, in denen der Staat nicht mehr alleiniger Rechtsetzer und Rechtsdurchsetzer ist. Wenn wir so vorgehen, so können wir versuchen, *verschiedene Variationen der Entkopplung von Staat und Recht* zu identifizieren und näher zu analysieren; dies wollen wir im Folgenden unternehmen und schlagen vor, insoweit vier Fallgruppen zu unterscheiden.

II. Vier Variationen der Entkopplung von Staat und Recht

Im Folgenden werden vier Konstellationen der graduellen Entkoppelung von Staat und Recht exemplarisch vorgestellt. Während die Schaffung von Recht durch Private innerhalb einer staatlichen Rahmenordnung einen Unterfall des zweiten Typus des vorgestellten Schemas bildet – der Rechtsetzung unter Beteiligung des Staats -, stellen die darauffolgenden Konstellationen Varianten einer Regelsetzung ohne den Staat, also des dritten Typus, dar.

Um die Qualifikationsfrage „Recht oder nicht Recht?“ nicht vorschnell zu beantworten, ist hier im Folgenden allgemeiner von „Regelungsstrukturen“ die Rede, wenn es um nicht allein vom Staat geschaffene Ordnungstrukturen geht (näher dazu Schuppert 2005b). Ein solcher Oberbegriff erscheint uns angesicht der Gemengelage von staatlichen und nichtstaatlichen Regelsetzern als Ausgangspunkt der Analyse unverzichtbar. Wir wollen uns darüber, was mit ihm gemeint ist und bezeichnet werden soll, noch einmal kurz vergewissern, indem wir Hans-Heinrich Trute, Doris Kühlers und Arne Pilniok als Definitionshelfer hinzuziehen:

> „Regelungsstrukturen thematisieren also nicht etwa nur den systematischen Zusammenhang von einzelnen Regelungen, sondern lenken den Blick auf das aufgabenbezogen konkretisierte institutionelle Arrangement, in dem das Zusammenwirken unterschiedlicher Akteure koordiniert wird. Dies beinhaltet immer schon die Anerkennung einer möglichen Eigenlogik der handelnden Akteure, die zwar von dem institutionellen Arrangement geprägt wird, ohne aber das Handeln zu determinieren. Insoweit wird zugleich hervorgehoben, *dass die Akteure nicht nur rechtlichen Anforderungen, sondern auch anderen sozialen Koordinationsmechanismen unterliegen können*, die das Handeln beeinflussen. Ob diese normativ relevant sind, ist dann eine andere Frage, die jeweils in dem konkreten aufgabenbezogenen Zusammenhang zu bestimmen ist. Daher wird durch das Abstellen auf Regelungsstrukturen eine *Perspektivänderung* vorgenommen, die die traditionelle einzelaktorientierte Perspektive der Verwaltungsrechtswissenschaft *auf einer Mesoebene ergänzt*, […].“ (Trute et al. 2008, S. 177)

1. Regelungsstrukturen im Schatten des Staates: Staatliches Recht als Rahmenordnung

Das erste Beispiel nicht rein staatlicher Regelungsstrukturen kann geradezu als Paradebeispiel für die *Rolle des Staates als Rahmensetzer* gelten, während sich das zweite Beispiel auf die *Durchsetzungsdimension von Recht* bezieht.

a) Regulierte Selbstregulierung: das Beispiel der Tarifautonomie

Die Normenproduktion durch industrielle Koalitionen – also das System der Tarifautonomie – gilt gemeinhin als das Paradebeispiel für regulierte Selbstregulierung (vgl. dazu die Beiträge in: Berg et al. 2001) und damit für ein Governance-Regime, in dem die staatliche Rechtsordnung – sei es in Form staatlicher Gesetzgebung, sei es in Form der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – *als Rahmenordnung fungiert*. Da die Einrichtung des Tarifvertragssystems hier als bekannt vorausgesetzt werden darf, beschränken wir uns darauf,

an dieser Stelle in einen Vortrag hineinzuhören, den Gerd Bender auf einem Workshop des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte am 2. Februar 2013 in Frankfurt gehalten hat, in dem er die Funktionslogik des „Governance-Regimes Tarifautonomie" treffend wie folgt charakterisiert hat:

> „Es sind Verhandlungssysteme überhaupt, die im Laufe der Geschichte mehr und mehr ins Zentrum guter Governance gerückt werden, ‚lernfähige soziale Systeme', die es zu ‚fördern' und zu ‚kontrollieren' gilt. Regulierte Selbstregulierung oder allgemeiner formuliert ‚komplexere Rekombinationen von autonomer Selbstorganisation und gesellschaftlich verbindlichen Kontextvorgaben': nur so ließ sich in den Augen Willkes und all der anderen Autoren des dritten Wegs das gesellschaftliche Großrisiko noch angemessen beherrschen: das Risiko einer Auflösung der Gesellschaft in freischwebende Funktionssysteme. *Die Verbindung einer nicht-staatlichen Normenproduktion mit staatlichem Verfahrensrecht* – dies erschien der Regulationstheorie auf ihrer Suche nach einer Steuerung, die funktionieren kann, als ein großer deus ex machina, erst recht dann, wenn sich – der Fall Tarifautonomie! – Kontrolle qua staatlichem Arbeitsrecht auf einer zweiten Kontrollebene auch noch mit neokorporatistischen Aushandlungsmechanismen kombinieren ließ. Nicht der vorschreibende Staat mit seiner substanziell ansetzenden Arbeitsschutzgesetzgebung, sondern die indirekt ansetzende ‚*verfahrensmäßige Regulierung des Tarifverhandlungssystem*' ist hier gefragt. In Teubners Worten geht es um eine rechtliche Ordnung, die ‚Einfluss auf die innere Organisation der Tarifverbände nimmt, ihre rechtliche Anerkennung von bestimmten Strukturvoraussetzungen abhängig macht, Verfahrensnormen für das Verhandlungssystem und kampfweise Auseinandersetzungen entwirft, die Kompetenzen der kollektiven Akteure ausweitet oder einschränkt' […]. Die Tarifautonomie liefert in dieser Sicht ‚das historische Paradigma', an dem ähnliche Entwicklungen auf anderen Feldern Maß nehmen können. *Die Tarifautonomie erscheint dementsprechend als wesentliche Komponente der rechtsstrukturellen Modernisierung*, die das Rechtssystem in dem hoch komplexen Verlauf des 20. Jahrhunderts mit der Idee der Steuerung und mit der Idee des erweiterten Staats verknüpfte." (Bender 2013)

So gesehen ist die rahmenhafte Einhegung der Normenproduktion durch die Tarifparteien in der Tat ein perfektes Beispiel für eine intelligente Kopplung von gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Rahmensetzung.

b) Verschränkung verschiedener Jurisdiktionsgemeinschaften und Jurisdiktionskulturen: Das Beispiel afrikanischer Non-State-Justice Institutions

In unserem Teilprojekt „Zur Rolle von Recht und Rechtsstaatlichkeit (Rule of Law) in Räumen begrenzter Staatlichkeit" in dem dem Regieren in Räumen begrenzter Staatlichkeit gewidmeten Sonderforschungsbereich 700 haben wir es auch mit dem Problem des Verhältnisses von „*non-state-justice institutions*" (NSJI) und staatlichem Recht zu tun, da in Räumen begrenzter Staatlichkeit der Staat regelmäßig kein Monopol im Bereich der Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung hat, wodurch es zu einer Pluralität von Rechtsnormen und ihren jeweiligen Durchsetzungsregimen kommt (näher dazu Kötter und Schuppert 2009). Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Ordnungen zueinander auf, vor allem nach der *Verkopplung nicht staatlicher traditioneller und/oder religiöser Normensysteme und der staatlichen Rechtsordnung*. Als wichtige normative Brücken

dienen Regelungen über die Anerkennung nicht staatlicher Normenordnungen und ihrer Durchsetzungsinstitutionen in der staatlichen Rechtsordnung (Kötter 2012).

In Ländern wie Südafrika und Äthiopien, wo die staatlichen Gerichte (nur) gebietsweise gut funktionieren, finden wir sehr unterschiedlich ausgestaltete, aber durchweg *komplexe Regelungen, mit denen die lokalen und meist nicht staatlichen Entscheidungsstellen in die staatliche Ordnung eingebunden werden*. Diese Regelungen enthalten ganz verschiedene Vorschriften:

(1) über die Zuständigkeit der NSJI (*jurisdiction*),
(2) zu den von ihnen zu beachtenden Verfahren sowie auch zu inhaltlichen Entscheidungsmaßstäben wie etwa verfassungsrechtlich normierten Grundrechten, und
(3) über das Verhältnis der nicht staatlichen Institutionen zu den staatlichen Gerichten und ihre Einbindung in die staatliche Gerichtsordnung, etwa indem sie Berufungsmöglichkeiten zu den staatlichen Gerichten vorsehen.

Die Geltung und die Durchsetzungsfähigkeit gesetzlicher Regelungen über das Verhältnis der NSJI zur staatlichen Rechtsordnung hängen wiederum ganz erheblich von der generellen Durchsetzungsfähigkeit des staatlichen Rechts in den jeweiligen Gebieten ab. Soweit das staatliche Recht dort generell nicht beachtet und/oder durchgesetzt wird und es somit nicht Bestandteil der nicht staatlichen Rechtsdiskurse ist (Teubner 1991/92), ist auch nicht zu erwarten, dass beispielsweise die Richter eines *customary* oder *sharia courts* entsprechende Vorgaben für ihr Verfahren oder ihre Entscheidung beachten. Gleichzeitig zeigt sich ein anderer Effekt: Die Legitimität der traditionellen Autoritäten in ihren Communities beruht heute zum Teil ganz erheblich darauf, dass das staatliche Recht sie anerkennt und mit besonderen Kompetenzen – und der damit verbundenen politischen Macht – ausstattet (Weeks 2011). NSJI sind also nicht zwingend nur dort besonders mächtig, wenn staatliches Recht sich nicht durchsetzen kann. Sie können auch durch staatliches Recht gefördert und legitimiert werden. In unserer Typologie können sie daher unter Regeldurchsetzung ohne ebenso wie mit dem Staat fallen.

2. Regelsetzung anstelle des Staates: *Filling the regulatory gap*

Zur Illustration dieses interessanten Anwendungsfalls der Entkopplung von Recht und Staat haben wir das Beispiel standardisierter Vertragsbedingungen ausgewählt:

Standardisieren kann man nicht nur technische technische Maße wie Papierformate und Abmessungen von Schrauben, deren pionierhafte Standardisierungsgeschichte von Miloš Vec liebevoll beschrieben worden ist (Vec 2006); *standardisieren kann man auch Vertragsbedingungen*.

In dem Geschäft der Standardisierung von Vertragsbedingungen taten sich – wie in der materialreichen Arbeit von Tilmann Röder über die Auslöserfunktion des Erdbebens von San Francisco, das die Versicherungswirtschaft extrem belastete, spannend erzählt wird (Röder 2006) – vor allem zwei Branchen als Pioniere hervor, nämlich die Versicherungs-

und die Transportwirtschaft. Insbesondere die englischen Versicherungsgesellschaften schlossen – nicht nur aus Gründen der Profitmaximierung, sondern auch im Sinne einer bestmöglichen Risikoverteilung und um die Kontrolle über die abgeschlossenen Verträge zu behalten – alle Einzelverträge auf der *Basis von identischen Vertragsbedingungen* ab; die Transportwirtschaft folgte diesem Vorbild.

Was die Gründe betrifft, die die rasche Ausbreitung der Standardisierung von Vertragsbedingungen zur Folge haben so kann man mit Tilmann J. Röder zwei hauptsächliche unterscheiden: Erstens das *Bedürfnis nach Standardisierung in Branchen mit hoher weltwirtschaftlicher Einbindung*, zum anderen eine *Regelungszurückhaltung des Gesetzgebers*, die eine von den ökonomischen Akteuren zu füllende *regulatory gap* zur Folge hatte:

> „Die Entstehung von speziellen Standardverträgen, Standardklauseln oder Vertragsformeln für den internationalen Geschäftsverkehr hing von mehreren Umständen ab. Grundsätzlich war das Interesse an einer Vereinheitlichung der Vertragsgrundlagen umso stärker ausgeprägt, *je intensiver die jeweilige Branche in die Weltwirtschaft eingebunden war*. Wie auf der Ebene der Einzelstaaten, bemühten sich die Unternehmen um eine internationale Standardisierung ihrer Vertragsgrundlagen, wenn staatliche Regelungen fehlten oder sie diese für untauglich oder veraltet hielten. […]
>
> Je weniger die Staaten das Recht der einzelnen Branchen regulierten, desto stärker breiteten sich nichtstaatliche Regelungen des Geschäfts- und Rechtsverkehrs aus. So prägten die telegraphisch gut übermittelbaren Vertragsformeln fob und cif die Praxis des Fernkaufs. Für umfassendere Vereinbarungen bedienten sich die Überseekaufleute ihrer Formularverträge. Diese breiteten sich besonders im Handel mit Stapelwaren wie Getreide, Futtermittel, Gummi, Kaffee und Zucker aus. Auch das Lagergeschäft an den Umschlagplätzen des Welthandels stand fest auf der Grundlage von international anerkannten indossablen Lagerscheinen. Die Seetransporteure und Binnenschiffer verwendeten Formularverträge und Konnossements, deren Vereinheitlichung ihre Branchenorganisation und die großen Reedereien vorantrieben. Diese Beispiele umfassen einige der wichtigsten Standardisierungsphänomene auf der Ebene des internationalen Geschäftsverkehrs.“ (Röder 2006, S. 321 f.)

Wenn wir nun noch einen zusätzlichen Blick auf die von Röder herausgearbeiteten Funktionen der Standardisierung von Vertragsbedingungen werfen, nämlich

- *die Machtfunktion* (asymmetrisch verteilter Einfluss auf dem Inhalt der Vertragsbedingungen)
- die Kommunikations- und Kompatibilitätsfunktion
- die Rechtssicherheitsfunktion sowie
- die Lückenfüllungs- und Fortentwicklungsfunktion,

so kann nicht bezweifelt werden, dass wir es bei der Standardisierungspraxis mit einer *Regelsetzung* zu tun haben, zu der Tilmann J. Röder zusammenfassend Folgendes angemerkt hat:

> „Neuartig war sie in mehrfacher Hinsicht. So wurde die Entscheidung über die Vertragsinhalte von dem Abschluß konkreter Vereinbarungen getrennt. Standardklauseln und -verträge wurden ohne Bezug zu konkreten Geschäften als einheitliche Rechtsgrundlagen für große Mengen von künftigen Verträgen vorformuliert. Insofern *erinnerte ihre Entstehung eher an Gesetzgebungsprozesse als an die Vertragspraxis der Wirtschaft*. […] Standardisierte Vertragselemente erfüllen wesentlich andere Funktionen als die individuellen Vereinbarungen zwischen zwei Vertragsparteien. *Sie dienten der innerbetrieblichen*

> *Rationalisierung, der wirtschaftlichen Machtausübung, der systematischen Verdrängung staatlicher Regelungen und sie boten Raum für eine permanente Aktualisierung des Rechts*. Nur auf der Grundlage von Formularverträgen konnten die immer komplexeren Kooperations-, Investitions- und Austauschbeziehungen bewältigt werden, die in der Wirtschaftspraxis entstanden." (Röder 2006, S. 319 f.)
>
> Die standardisierten Klauseln und Verträge steuern das Verhalten der Marktakteure, die sich an ihnen orientieren und sich auf sie verlassen; das in ihnen Vereinbarte gilt als das *für die Marktteilnehmer maßgebliche Regelwerk*, das bestehendes Gesetzesrecht substituiert, fortentwickelt oder gar umgeht. Es handelte und handelt sich also um *Regelsetzung*, und zwar um eine von den zeitgenössischen Juristen kaum erkannte *neuartige Struktur der Normbildung.*

3. Regelungsstrukturen jenseits des Staates: Globalisierte Ordnungsstrukturen und ihre Regelungsregime

Diejenigen Prozesse, die gerne als *Entstaatlichung* (vgl. Allmendinger 2003) oder auch als gesellschaftliche und politische *Denationalisierung* (Beisheim et al. 1999) bezeichnet werden, machen – wie sollte es anders sein – auch vor dem Ordnungsfaktor Recht nicht halt, wie sich insbesondere am Bereich transnationaler Governance-Strukturen zeigen lässt: Die nationalen Gesetzgeber der die Ordnung der Welt nach wie vor strukturierenden Territorialstaaten stoßen hier an die Grenzen ihres regulatorischen Zugriffs und hinterlassen gesetzlich ungeregelt Räume, ein Phänomen, das wir unter dem Stichwort „*regulatory gap*" soeben schon besprochen haben.

Diese *Räume jenseits der Nationalstaatlichkeit* mögen zwar „gesetzlos" sein, nicht aber „ordnungslos": die inzwischen gebräuchlichen Begriffe „Transnational Governance" (Djelic und Sahlin-Andersson 2006) und „Global Governance" (kompakter Überblick bei Zürn 2005) machen zu Recht darauf aufmerksam, dass sich in diesen transnationalen Räumen jenseits der Nationalstaatlichkeit Ordnungs- und dies heißt automatisch auch *Regelungsstrukturen* herausgebildet haben, die sich mit der Elle eines staatszentrierten Rechtsbegriffs nur sehr bedingt messen lassen. Im Folgenden wollen wir so vorgehen, dass wir uns drei Bereiche ansehen, die gewissermaßen „von Natur aus" einen globalisierten Charakter aufweisen, um dann die dort anzutreffenden Regelungsstrukturen auf Besonderheiten oder Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen. Der erste Kandidat sollen die Regelungsstrukturen des Internet sein.

a) www – Regelungsstrukturen eines deterritorialisierten Gebildes

Das Internet ist norm- wie governance-theoretisch eine wahre Fundgrube; um seine Beschaffenheit aus regelungswissenschaftlicher Perspektive etwas genauer in den Blick zu nehmen, bedienen wir uns der Hilfe eines der besten Kenner der Regelungsprobleme öffentlicher Kommunikation: in dem neuesten Beitrag von Wolfgang Hoffmann-Riem heißt es insoweit wie folgt:

> „Da die Funktionsweise des Internet und seiner sozialen Netzwerke auch dort, wo hoheitliche Regelungen nicht greifen, auf Regeln angewiesen ist, bietet das Internet viel Anschauungsmaterial für die Pluralisierung von Regeln und Recht und für das *Nebeneinander des Rechtlichen und Nichtrechtlichen. Auch Regeln ‚nichtrechtlicher Art' sind in ihrer praktischen Geltungskraft Teil der für das Internet maßgebenden Regelungsstrukturen* und ‚kommunizieren' mit deren anderem Teil, dem hoheitlich verantworteten Recht.
>
> Das Internet, auch die sozialen Netzwerke des Web 2.0, funktionieren in hohem Maße (aber nicht allein) im Rahmen von Regeln, die allein von Privaten gesetzt sind. Hier gibt es viele Beispiele auch für ein privat gestaltetes *Soft Law*. Dieses arbeitet weitgehend ohne staatliche Verbindlichkeit, orientiert sich aber zum Teil an Vorbildern staatlichen Rechts und ist gelegentlich auch auf staatliche Unterstützung als Auffangstelle des Vollzugs angewiesen. Unter dem Begriff *lex informatica* oder *lex digitalis* wird ein Teil solcher Regeln – etwa die für die Domainvergabe durch ICANN – gebündelt. *Ob solche und andere nicht hoheitlich verantwortete Regeln ‚als Recht' gelten sollen, ist eine rechtstheoretische Frage bzw. eine Frage definitorischer Konvention*. Da solche Regeln nicht im rechtsfreien Raum entstehen und durchgesetzt werden, darf die Klassifizierung als ‚nichtrechtlich' jedenfalls nicht dahin missverstanden werden, sie seien im Rahmen der Rechtsordnung völlig unbeachtlich. Im Übrigen wird zunehmend anerkannt, dass staatliches Recht auch im Internetbereich unabdingbar ist, so dass sich ein *Verhältnis wechselseitiger Beeinflussung* zwischen ihm und nicht staatlich gesetzten Normen ergeben kann und ergibt." (Hoffmann-Riem 2012, S. 531 f.)

Angesichts dieser interessanten Befunde wird klar, dass der Prozess der graduellen Entkopplung von Staat und Recht auch zentrale *rechtstheoretische Fragen* aufwirft, auf die wir im vierten Kapitel dieses Buches noch einen näheren Blick werfen werden.

b) IOC – Regelungsstrukturen des internationalisierten Sports

Sport drängt zur Internationalität. Man möchte nicht nur wissen, wer in Deutschland der oder die Beste ist, sondern wer sich dessen in Europa – oder noch besser – weltweit rühmen kann. Unentwegt finden daher internationale Wettkämpfe statt, mit der unbestrittenen Krönung durch die Olympischen Spiele, sei es mit oder ohne die Disziplin des Ringens.

Weil sich dies so verhält, ist der Sport international organisiert, und zwar – wie uns Nils Ipsen erläutert – in Form einer hierarchisch gegliederten Pyramide:

> „Das Verbandssystem lässt sich am besten als *streng hierarchisch gegliederte Pyramide* beschreiben. An der Spitze dieser Pyramide steht das ‚Internationale Olympische Komitee' (International Olympic Committee – IOC). Dieses hält nach eigener – allerdings nie ernsthaft bestrittener Ansicht – die Exklusivrechte an den Olympischen Spielen (Regel 7 der Olympischen Charta, OC). Damit hat das IOC ein Monopol auf die höchste Ebene des Wettkampfsports.
>
> Innerhalb der olympischen Bewegung gilt das *Ein-Verbands-Prinzip*. Das bedeutet, dass pro Sportart jeweils nur ein internationaler Spitzenverband sowie pro Nation nur ein Nationales Olympisches Komitee (NOK) anerkannt wird (Regel 29 OC). Dieses Prinzip gilt auch auf den niedrigeren Ebenen; so erkennen die internationalen Spitzenverbände auch jeweils nur einen nationalen Verband an. Dadurch entsteht eine Hierarchie-Pyramide innerhalb des Wettkampfsports: An der Spitze das IOC, darunter die internationalen Sportverbände, darunter die nationalen, danach eventuell bestehende

regionale Sportverbände, schließlich die Sportvereine und auf der untersten Stufe steht der einzelne Athlet.

Diese *Pyramidenstruktur* ermöglicht es, dass international die gleichen Regeln – festgelegt durch die Spitzenverbände – gelten, wodurch die für den Sport unverzichtbare Vergleichbarkeit der Leistungen erreicht wird. Einem Sportverband, der gegen die olympischen Prinzipien oder den Doping Code der WADA verstößt (diese also nicht anerkennt), droht gemäß Regel 23 OC der Ausschluss von den Olympischen Spielen. *Die jeweiligen Wettkampfregeln haben somit universelle Geltung.*" (Ipsen 2009, S. 131 f.)

Während auf der nationalen Ebene – also zum Beispiel in Deutschland – darüber gestritten wird, ob die rechtliche Verbindlichkeit für die einzelnen Sportler *vertragsrechtlich oder korporationsrechtlich* zu konstruieren ist (vgl. Adolphsen 2012), und ob den Staat angesichts der sich aus dem Ein-Verbands-Prinzip ergebenden faktischen Monopolstellung der Verbände eine Schutz- und Kontrollpflicht trifft (differenziert dazu Vieweg 1990), ist dies den internationalen Sportverbänden offenbar herzlich egal; in seinem rechtstatsächlichen Befund heißt es dazu bei Klaus Vieweg in aller Deutlichkeit wie folgt:

„Die internationalen Sportverbände regeln selbstverständlich nicht, welche staatlich rechtliche Qualität und Wirkung ihre Normen, Strafen und sonstigen Entscheidungen haben sollen. Das kann nicht verwundern, *schotten sich doch die meisten internationalen Sportverbände gerade gegenüber dem staatlichen Recht ab* und ignorieren weitgehend dessen Existenz. *Für sie genügt die faktische autonome Normsetzungs- und -anwendungsmacht*, die sich nicht nur gegenüber ihren nationalen Mitgliedsverbänden, sondern auch gegenüber Vereinen, Sportlern und Funktionsträgern sowie Externen durchzusetzen vermag. Normsetzung und -anwendung sind aus ihrer Sicht Rechtsetzung und Rechtsanwendung." (Vieweg 1990, S. 122)

c) ISO – Globale Standards für globalisierte Märkte

Wie die Regelungsstrukturen des Internet, so sind auch Standards (umfassend dazu Brunsson und Jacobsson 2002) eine juristisch äußerst reizvolle Spezies von Normsetzung; jedenfalls ist an interessanten Charakterisierungen kein Mangel. So attestiert ihnen etwa ein so methodenbewusster Autor wie Oliver Lepsius eine *gefühlte Nähe zum Recht*:

„Standardsetzung ist regelmäßig Ergebnis eines gezielten, *organisierten und verfahrensmäßig strukturierten Normsetzungsprozesses*. Bei Standards handelt es sich um eine instrumentelle Normierung, die mit einem bestimmten Zweck auf einem Gegenstandsbereich begrenzt wird. Gerade diese *Formalqualitäten in der Standardsetzung* mögen für die gefühlte Nähe von Standards zum Recht verantwortlich sein." (Lepsius 2007, S. 347 f.)

Standards seien daher – so Lepsius unter Bezugnahme auf Hans-Christian Röhl (2007) – *Gebilde von „graduell abgestufter Unverbindlichkeit bei faktischer Bindungswirkung"*.

In eine ganz ähnliche Richtung argumentiert Harm Schepel (2005) in seinem materialreichen Buch über Produktstandards und ihre Rolle für die Integration von Märkten. Auch Schepel hebt hervor, dass die Festlegung internationaler Standards zahlreiche Gemeinsamkeiten mit der „normalen Rechtsproduktion" aufweist:

- Standards haben einen eindeutig identifizierbaren Normautor (standardsetting organization)
- ihre *Produktion* erfolgt in einem organisierten und verfahrensmäßig *strukturierten Prozess*
- die *standardsetter* verfügen in der Regel über eine von den beteiligten Kreisen anerkannte *Regelungsautorität*, vor allem gestützt auf eine entsprechende *Expertise* und *Repräsentativität* des standardsetzenden Gremiums
- die Standards selbst werden in geeigneter Weise *publiziert* und sind für jedermann öffentlich zugänglich und
- sie werden in Monitoring-Verfahren *laufend überprüft* und sich verändernden Verhältnissen angepasst.

Diese hier aufgelisteten Merkmale lassen sich auch als *normative Anforderungen* an die Regelsetzung durch Standardisierung formulieren (dazu Schuppert 2012); dies wird in der Praxis auch getan, und zwar in Form von expliziten Regeln für Standardsetzung, den sogenannten „standardization standards", die von allen großen Standardsetzern, wie der International Standardization Organization (ISO) oder auch dem deutschen Institut für Normung (DIN) festgelegt worden sind (Nachweise bei Schuppert 2011).

Da Standardsetzung also Normsetzung in einem verfahrensmäßig strukturierten Prozess ist, verwundert es nicht, wenn Schepel feststellt: *„standardization looks a lot like lawmaking"* (Schepel 2005).

Auch diese Erkenntnisse verweisen auf die mit der graduellen Entkopplung von Staat und Recht aufgeworfenen *rechtstheoretischen Fragen*, die wir im vierten Kapitel dieses Buches noch näher beleuchten werden.

4. „Recht" ohne Staat: Das Beispiel der *Lex Mercatoria*

Die *lex mercatoria* gilt vielen als *das* Paradebeispiel für ein *nicht staatliches transnationales Recht*. Einer der profiliertesten Wortführer dieser Auffassung ist Gralf-Peter Callies, der in mehreren Beiträgen diesen – wie er es selbst formuliert hat – *„post-etatistischen Ansatz: staatliches versus selbst geschaffenes Recht"* (Calliess 2006) vorgestellt hat. Er schlägt vor, transnationales Recht wie folgt zu definieren:

> „Transnationales Recht bezeichnet eine dritte Kategorie von autonomen Rechtssystemen jenseits der traditionellen Kategorien des staatlichen nationalen und internationalen Rechts. *Transnationales Recht wird durch die Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen* und entwickelt: (1) Es ist auf (a) allgemeine Rechtsprinzipien sowie (b) deren Kondensation und Konfirmation in zivilgesellschaftlicher Praxis (Übung) gegründet, (2) seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung obliegt – jedenfalls vornehmlich – *privaten Anbietern alternativer Streitschlichtungsmechanismen*, und (3) sein Zwangscharakter beruht auf der rechtsförmig organisierten Anordnung und Vollziehung sozialökonomischer Sanktionen. Schließlich findet (4) eine Kodifikation transnationalen Rechts – wenn überhaupt – in Form von allgemeinen Prinzipien- und Regelkatalogen, standardisierten Vertragsformula-

> ren und Verhaltenskodizes statt, die von *privaten Normierungsinstitutionen* aufgestellt werden." (Calliess 2004, S. 244)

Hauptanwendungsfall einer solchen *zivilgesellschaftlichen Rechtsproduktion* sei die – im Gegensatz zum mittelalterlichen Vorläufer – „neue" *lex mercatoria*, wie sie etwa in den „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", den „Principles of European Contract Law" der sogenannten Lando-Kommission und der sogenannten CENTRAL-Liste (abgedruckt bei Ipsen 2009, S. 261 f.) des „Center for Transnational Law" zum Ausdruck komme.

Ob es eine solche *lex mercatoria*, deren Inhalt im Wesentlichen aus allgemeinen, auch dem staatlichen Recht inhärenten Prinzipien und Generalklauseln besteht (dies ist der Hauptkritikpunkt von Ipsen 2009), wirklich gibt, ist – worüber der brillante Beitrag von Karsten Schmidt uns unterhaltsam unterrichtet (Schmidt 2007) – heftigst umstritten. Wir haben diesen Streit hier nicht zu entscheiden, wollen aber auch an dieser Stelle unsere diesbezügliche Skepsis nicht verhehlen. Wie dem auch sei: uns interessiert ein anderer Punkt in der Argumentation von Karsten Schmidt.

Er bestreitet nicht, dass es so etwas wie eine kodifikatorische Arbeit verschiedener nicht staatlicher Institutionen an der Konturierung eines globalisierten Handelsrechts gibt, dessen Anwendung und Schöpfung vor allem privaten Schiedsgerichten obliegt, er diagnostiziert aber eine *im Vergleich zum staatlichen Recht mindere Normqualität*:

> „Über die Bedeutung der lex mercatoria neben dem staatlichen Recht entscheidet *die ‚Normqualität'* der lex mercatoria. Gemeint ist hiermit nicht ‚Normqualifikation', denn lex mercatoria kann Rechtsnormen generieren. Gemeint ist ‚Normqualität' im Sinne eines Qualitätswettbewerbs zwischen hochgezüchteten staatlichen Regelwerken und naturwüchsigem Recht. Hier nun fallen die *Defizite der lex mercatoria* – insbesondere ihr lückenhafter, auch inhaltlich fragmentarischer Charakter – ins Gewicht. Als Grundlage rechtlicher Entscheidungen taugt die lex mercatoria fast nur im Bereich der Handelsgeschäfte, aber hier kann sie auch kraft materieller Verweisung oder als bloßer Handelsbrauch zum Zuge kommen. Im Übrigen muss auch ein auf lex mercatoria verweisender oder ihr sonst unterliegender Vertrag in eine umfassende Rechtsordnung gestellt sein,
>
> – sei diese Rechtsordnung ein umfassendes Welt-Gewohnheitsrecht,
>
> – sei diese Rechtsordnung ein kollisionsrechtlich zu ermittelndes nationales Recht." (Schmidt 2007, S. 175)

Mit dieser unideologischen Position gelingt es – um es umgangssprachlich auszudrücken – in der Grundsatzdiskussion über die *lex mercatoria* „den Ball flach zu halten"; damit können wir uns gut anfreunden. Auch wir verkennen nicht, dass es sich bei der Entwicklung von transnationalen Normen des Handelsrechts um ein ambitioniertes wissenschaftliches Projekt handelt (eindrucksvoll dazu Jansen 2010; Jansen und Michaels 2008), können aber in ihm kein rein zivilgesellschaftlich geschaffenes Rechtsregime eigener Art erkennen.

Gewissermaßen als Mini-Exkurs wollen wir an dieser Stelle die Perspektive wechseln und *statt von minderer Normqualität von andersartiger Normstruktur sprechen*, und zwar anhand des im Vergleich zur *lex mercatoria* äußerst handfesten internationalen Wirtschafts-

rechts; am Beispiel dieses Rechtsgebiets hat Christian Tietje vor allem *zwei Strukturmerkmale transnationaler Rechtsprozesse* ausgemacht (Tietje 2002), die unser Interesse verdienen:

- Das erste Strukturmerkmal bezeichnet er als Entterritorialisierung des Rechts:

  „Die Exklusivität des Territorialbezuges des Rechts mag in historischer Perspektive richtig gewesen sein, der Realität entspricht dies aber in Bereichen wie dem transnationalen Wirtschaftsrecht nicht mehr. […] Vielmehr gilt es zu erkennen, dass es ein *komplexes Geflecht an territorialen und entterritorialisierten Strukturen des Rechts gibt*. Das betrifft insbesondere den *Rechtserzeugungsprozess* und die hieran beteiligten Akteure. An den […] Beispielen aus dem internationalen Finanzrecht zeigt sich dies deutlich: Auf der nationalen, supranationalen und internationalen Ebene sind zahlreiche Akteure mit der Ausarbeitung von Normen befasst. Diese können ihre Verbindlichkeit freilich erst entfalten, wenn sie in bestehenden und weitgehend territorial begründeten Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. Die dementsprechend weiterhin bedeutende innerstaatliche Rechtsordnung ist aber nicht mehr das Zentrum rechtlicher Ordnung. Sie ist notwendiger Bestandteil der aufgezeigten *Netzwerkstrukturen*, nicht aber Ausgangspunkt." (Tietje 2002, S. 416)

- Als weiteren bemerkenswerten Prozess identifiziert Tietje eine zunehmende Auflösung der Grenze zwischen „binding and non-binding norms":

  „Ein weiteres Strukturmerkmal des transnationalen Wirtschaftsrechts besteht darin, dass die dem juristischen Denken bislang selbstverständliche Unterscheidung zwischen Rechtsverbindlichkeit und Rechtsunverbindlichkeit kaum noch aufrecht zu halten ist. Das transnationale Wirtschaftsrecht ist insofern von einem ‚Mix von unverbindlichen, semiverbindlichen und verbindlichen Aufgabenprogrammen, die in der Anwendungspraxis mit einem hohen Maß an Informalität und Intransparenz einhergehen' gekennzeichnet. […]

  Mit der Verwischung der grenzen zwischen rechtsverbindlichen und rechtsunverbindlichen Steuerungsinstrumentarien einher geht weiterhin die Erkenntnis, dass sich der Kreis der Steuerungssubjekte im transnationalen Wirtschaftsrecht deutlich erweitert. Es ist nicht mehr nur der Staat, dem diese Funktion im innerstaatlichen und internationalen Rechtssystem zukommt. Vielmehr nehmen auch intermediäre Institutionen und Privatrechtssubjekte zunehmend Aufgaben wahr, denen ein gesamtgesellschaftlicher Bezug zukommt." (Tietje 2002, S. 417)

5. Eine kleine Zwischenbilanz

Wenn wir die vier Fallgruppen noch einmal Revue passieren lassen, so bietet sich ein buntes Bild, das an eine Patchworkdecke erinnert. Neben den für die Qualifikation als Rechtsnormen „gesetzten" staatlichen Recht finden sich auch nicht rechtliche Regelungsarten „which look a lot like law" wie etwa Standards der Rechnungslegung sowie ganze Sachbereiche, die durch eine Gemengelage von rechtsverbindlichen und nicht verbindlichen Verhaltensnormen gekennzeichnet sind. Der Staat ist häufig oder meistens irgendwie im Spiel, selbst bei der *lex mercatoria*, wo er bei der Vollstreckung von Schiedsgerichtsurteilen ein unerlässlicher Partner ist, häufig ist seine Rolle auch nur *umhegender Natur*, wie aus der nachstehenden, von Klaus-Dieter Wolf präsentierten Übersicht deutlich wird (Wolf 2012, S. 194 f.):

Varianten der staatlichen Umhegung der privaten Selbstregulierung im transnationalen Raum

Rolle des Staates	Formen der Mitwirkung/ Einwirkung	Verhalten	Beispiele aus dem Bereich wirtschaftlicher Selbstregulierung
A) passiv	Unterlassen von Unterbindung / Duldende Zulassung	Zurückhaltung, Neutralität	„Responsible Care"-Initiative der chemischen Industrie zur Beachtung von Umwelt- [sic] und arbeitsrechtlichen Standards
B) reaktiv			
+	Implizite Anerkennung	Flankierendes Stützen	Übernahme der FSC-Standards für öffentliche Beschaffungsmaßnahmen per Verordnung
++	Explizite Anerkennung privater Normsetzung durch Verrechtlichung	Einbindung durch Übernahme in das Recht	Wolfsberg-Prinzipien des Bankensektors zu Bekämpfung von Geldwäsche Übernahme von Normen zur Lebensmittelsicherheit des urprünglich privaten „Codex Alimentarius" der Nahrundmittelindustrie in Übereinkommen von FAO und WHO
+++	Unterbindung/Außerkraftsetzung privater Normsetzung zum Schutzgefährdeter Grundrechte/ von Gemeinschaftswohlbedingungen	Verrechtlichung durch korrigierende Intervention	EU-Gesetz zu CO_2-Ausstoß bei Kfz Kimberley Prozess
C) pro-aktiv			
+	Initiierung	Einladung	UN Global Compact
++	Steuerung privater Selbstregulierung über Leistungsvereinbarungen	Benchmarking	Selbstregulierung des CO_2-Ausstoßes durch den europäischen Automobilverband „Performance Standards" zur sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit der International Finance Corporation (IFC)
+++	Mandatierung	Ermächtigung zur Ausübung hoheitlicher Regulierungsaufgaben	DIN / ISO 26000

+ = autoritative Qualität der Einwirkung

Immer geht es um *graduelle Abstufungen*, sei es um das Maß der staatlichen Einwirkung, die Intensität des vom Staat geworfenen Schattens, die gefühlte Nähe zum Recht oder was auch immer. Dies legt es als methodische Konsequenz nahe, weder mit einem alles andere ausgrenzenden etatistischen Rechtsbegriff, noch mit einem fast alles zu „Recht" erklärenden pluralistischen Rechtsbegriff zu arbeiten, sondern *in Übergängen zu denken* und verschiedene Normenordnungen auf einem gedachten Kontinuum mit den Endpunkten Recht und Nicht-Recht einzutragen. Davon wird im fünften Kapitel ausführlich zu handeln sein.

Aber soweit sind wir noch lange nicht. In einem nächsten Schritt ist zu überlegen, wie wir mit dem Befund einer graduellen und bereichsspezifisch unterschiedlich stark ausgeprägten Entstaatlichung, Entrechtlichung beziehungsweise Enthoheitlichung des Rechts umzugehen haben. Wessen es offenbar bedarf, ist eine Perspektive, die an die Stelle der bisher so dominanten *Perspektive der Staatszentriertheit* zu treten vermag, indem sie das Verhältnis von Recht und Staat aus dem Gefängnis ihrer Identität – Recht = Staat – befreit und für die Weite der Welt normativer Ordnungen öffnet. Es wäre ebenso hilfreich wie befriedigend, gelänge es, diesen überfälligen Perspektivenwechsel auf den Begriff zu bringen; da uns ein solcher „erlösender" Begriff noch nicht eingefallen ist, behelfen wir uns im folgenden Gliederungspunkt damit, insgesamt vier Schlüsselkonzepte vorzustellen, die unseres Erachtens dazu taugen, diesen Perspektivenwechsel inhaltlich und methodisch zu vollziehen.

D. Vier Schlüsselbegriffe einer nicht staatszentrierten Perspektive auf das Recht

I. Zur Funktion von Schlüsselbegriffen

Wenn wir im Folgenden von Schlüsselbegriffen sprechen, so möchten wir damit in ganz eigennütziger Weise an die Beschreibung ihrer Funktion durch Andreas Voßkuhle (2001) anknüpfen; eigennützig deshalb, weil wir hoffen, dass die von uns vorgeschlagenen Schlüsselkonzepte genau zu dem in der Lage sind, was Voßkuhle ihnen als Fähigkeit attestiert, nämlich „dem Denken einen Weg zu weisen":

> „Schlüsselbegriffe haben die Funktion, übergreifende Ordnungsideen für bestimmte Argumentationszusammenhänge fruchtbar zu machen, indem sie eine Fülle von Informationen und Gedanken in einem Wortspeicher bündeln, strukturieren und begreifbar machen. Sie reduzieren damit auf der einen Seite Komplexität, dienen aber gleichzeitig als Inspirationsplattform, indem sie Assoziationskräfte freisetzen, noch unausgegorenen Gedanken ersten Halt geben, verschiedene Perspektiven zusammenführen und Anleitung für die Zukunft ermöglichen. Sie ähneln insoweit ‚Theorien' […] – nur ist das Format kleiner und die Aussage auf den ersten Blick plakativer. Schlüsselbegriffe sind damit ganz besonders auf Konkretisierung angewiesen; sie geben keine Antwort, sondern weisen dem Denken den Weg." (Voßkuhle 2001, S. 198)

Wenn wir noch andere Autoren hinzunehmen, die sich ebenfalls zur Funktion von Schlüsselbegriffen geäußert haben (Baer 2004; Schoch 2008), so können wir als Schlüsselbegriffe solche Begriffe bezeichnen, die

- neue Denkbahnen aufschließen – *Aufschließungsfunktion*
- neuartige Entwicklungen markieren – *Markierungsfunktion* sowie
- einen interdisziplinären Dialog ermöglichen – *Brückenfunktion*.

Mit den von uns vorgeschlagenen vier Schlüsselbegriffen hoffen wir, zumindest ansatzweise diesem anspruchsvollen Funktionsprogramm gerecht werden zu können.

Bevor wir die vier Schlüsselbegriffe im Einzelnen vorstellen, wollen wir einen kurzen Blick auf das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt werfen, das sich selbst ein Forschungsprogramm verschrieben hat, das aus *vier Schlüsselthemen* besteht, die von Thomas Duve – dem geschäftsführenden Direktor des Instituts – wie folgt näher erläutert werden:

1. Das erste Schlüsselthema heißt „*legal spaces*", die offenbar nicht so ganz einfach zu bestimmen sind:

   „They may – as in the case of the Spanish monarchy, for example – be bound to imperial regions. But they may also – as in the case of Canon Law and the normative thought of moral theological provenance in early modern period – extend across political borders. No less complex are legal spaces which did not form because of imperial interconnection, but through a specific, often coincidental or temporary exchange – for example in the field of certain trading networks which generate rules for the traffic of goods, or of *discourse communities* which are observable in Europe in the nineteenth and twentieth century, between southern European and Latin American countries or in other regions. It should be a particularly important task for legal history research to reflect on this formation of legal spaces connected with *increasingly intensive communication processes*, investigate different area concepts and make them productive for legal history." (Duve 2013a, S. 21)

   Wir werden auf diese wichtige kommunikative Dimension von Rechtsräumen gleich noch einmal zurückkommen.

2. Das zweite Schlüsselthema heißt „*multinormativity*" und lässt sich mit den Worten Duves wie folgt charakterisieren:

   „A second starting point is that we need critical reflection on the concept of ‚law' that we are employing in order to structure our analysis. As mentioned above, it is quite useless to compare legal traditions taking our own past's concepts and applying them to other areas, leading us to the conclusion that outside world is different. *We need ‚transcultural' analytical concepts of normativity. ‚Multinormativity' could serve as an appropriate term for these attempts of understanding law in the environment of other modes of normativity not structured by our idea of law*". (Duve 2013a, S. 21)

Dieses Schlüsselthema ist auch eines unserer vier Schlüsselbegriffe, das wir gleich noch näher erläutern werden.

3. Das dritte Schlüsselthema hört auf den Namen „*cultural translation*"; da dies ein komplexes Themenfeld ist, fällt die Erläuterung legitimerweise etwas länger aus:

„For legal history in the early modern and modern period, the concepts discussed under the heading of Cultural translation could be especially helpful. Even if one might be mistrusting the fashionable discourses promoting these perspectives, and even if one does not wish to regard all cultural production directly as a translation problem, it should be evident that, due to the linguistic constitution of our subject ‚normativity', a professional approach is indispensable which takes the findings of linguistic and cultural studies seriously. This approach must even play a central role where the investigation of transcultural contexts is concerned. Looking at lawmaking, judging, or writing law books as a mode of translation (independently from the fact whether there is a translation from one language into the other, or whether it is just a translation by the person who is acting within the same language system) compels us to pay special attention to social practices, to knowledge and the concrete conditions of these translation processes. The analysis necessarily leads to the pragmatic and, above all, institutional contexts as well as to the mediality in which ‚law' as a system of meaning is materialized. Thus, to focus on law as translation helps us to counterbalance the historical priority given to the ‚object' of reception and to the ‚sender'. Furthermore it replaces this sender-centrism by privileging the local conditions in the ‚receiving' culture, i. e. the conditions of recreation of potentially global juridical knowledge under local conditions (‚globalizations'). And it forces us to open our analysis to those methods that have been developed in cultural anthropology, linguistics, cultural studies and social sciences to understand the pragmatic contexts of human modes of producing meaningful symbols." (Duve 2013a, S. 22)

4. Das vierte und letzte Schlüsselthema heißt „*conflict resolution*" und lässt sich wie folgt skizzieren:

„There are many good reasons for this: First, we would try to counterbalance the longstanding privileging of normative options, always tending to forget their selection in practice. Second, we would try to counterbalance the longstanding privileging of learned law, and be more aware of commonplace legal knowledge, trying to understand how categories of learned law formed the minds, ideas, concepts and practices, but look on them through the eyes of practice. Third, different procedures of conflict resolution often produce sources reaching far into everyday local life and provide us with the opportunity to observe the available normative options and their activation. Looking at conflicts thereby gives us the opportunity of discovering the *living law* and at the same time draws our attention to extra-legal framings, especially important for the formation of law, to the accumulated knowledge of the communication community, their implicit understandings, i. e. to many factors that have been identified as crucial elements for an analysis of law in sociological and legal anthropology, or in culturally sensitive legal theory." (Duve 2013a, S. 22 f.)

Nach diesem – wie wir finden – äußerst lehrreichen Blick auf die Frankfurter Schlüsselthemen wollen wir jetzt „unsere" vier Schlüsselbegriffe im Einzelnen vorstellen, die sich – wie der aufmerksame Leser bald bemerken wird – zum Teil mit den Forschungsschwerpunkten des Max-Planck-Instituts überschneiden.

II. Die vier Schlüsselbegriffe im Einzelnen

Der erste Schlüsselbegriff ist mit dem zweiten Schlüsselthema des Max-Planck-Instituts nahezu identisch und firmiert ebenfalls unter dem Begriff „Multinormativität".

1. Multinormativität als Schlüsselbegriff

Dass wir in einer durch normative Pluralität gekennzeichneten Gesellschaft leben, dürfte als Befund unstreitig sein; wir haben davon weiter oben schon unter der Überschrift „Zur graduellen Entkopplung von Staat und Recht" gesprochen. Das nachfolgende Kapitel handelt ausführlich von der Pluralität normativer Ordnungen.

Es mag darum genügen, wenn wir an dieser Stelle einen Rechtshistoriker in den Zeugenstand bitten, an dessen Beitrag auch sehr schön deutlich wird, dass normative Pluralität keineswegs ein neuartiges Phänomen ist. Wir finden die diesbezüglichen Überlegungen, die Miloš Vec in seiner Ansprache als Akademiepreisträger mit dem Titel „Multinormativität in der Rechtsgeschichte" (2009) angestellt hat, äußerst inspirierend und auch die von ihm ausgewählten Beispiele besonders überzeugend:

- Das erste Beispiel sind die von Miloš Vec sogenannten *Zeremonialnormen*, über die er Folgendes zu berichten weiß:

> *„Zeremonialnormen wurden […] als eigene normative Kategorie diskutiert, die jenseits von Recht und Moral steht*. Das war vor allem die innovative Idee des Christian Thomasius, der wusste, wie wichtig viele seiner Zeitgenossen die Fragen korrekter Kleidung nahmen und wie bedeutsam die Normen der äußeren Erscheinung auch für die Wahrnehmung jedweder Inhalte in Wissenschaft, Gesellschaft und Politik waren. Thomasius entwickelte im Rahmen seiner säkularen Naturrechtslehre eine Decorum-Lehre, die vielen zeitgenössischen Aspekten gerecht wurde: Dem Bedürfnis einer ständisch geschichteten Gesellschaft nach Stabilisierung, dem Wunsch des Individuums nach Differenz – und der Tatsache der permanenten geschichtlichen Wandelbarkeit dieser äußeren Zeichen, kurz: Mode genannt. Die Zeichen waren als solche arbiträr und durften insofern in ihrer konkreten Erscheinung nicht überschätzt werden, anderseits leistete die Existenz eines Zeichensystems einen Teil zur Ordnung der Gesellschaft. Dabei galt es, sowohl gegenüber konkreten Geboten ebenso wie gegenüber Normabweichungen bisweilen statt rechtlicher Strenge auch gesellschaftliche Toleranz walten zu lassen. Die Einzelheiten regelte die Policey. Wirkten die Normen des Decorum in arbeitsteiliger Weise mit Recht und Moral zusammen, konnten sie eine gesellschaftliche Befriedung erreichen, die man eingedenk der noch lebhaft präsenten Konflikte des 17. Jahrhunderts zu recht nicht gering schätzte. *Zeremonialtheorie wurde somit zu einem Seitenstück einer sehr zeittypisch konstruierten, allgemeinen Normenlehre.*" (Vec 2009, S. 160 f.)

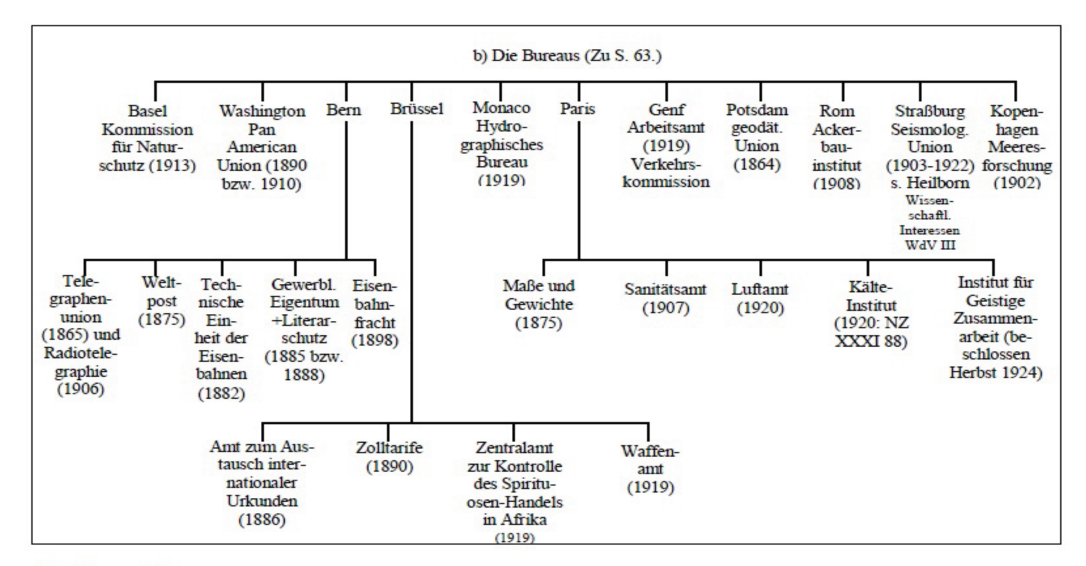


Abbildung 10
Die Institutionen der Internationalen Gemeinschaft seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts: Die Übersicht des Völkerrechtlers Karl Strupp von 1925 zeigt ein thematisch fragmentiertes System mit den konsensfähigen Schnittstellen unter den Nationalstaaten.

[Abbildung nach Vec 2009, S. 163]

Das zweite Beispiel bezieht sich auf den *Normenhunger der entstehenden Industriegesellschaft*, den er wie folgt anschaulich erläutert:

„Der Herausforderungen gab es seit dem Beginn des Industrialisierungsprozesses viele: Internationaler Handel und Kommunikation mussten koordiniert werden, Gefahren und Chancen der Industrialisierung – man denke an Kesselexplosionen, Maschinenunfälle, und die Gefahren der geheimnisvollen, unsichtbaren, laut- und geruchlosen Elektrizität – erforderten einen neuen regulatorischen Rahmen. Die Verbrechensbekämpfung revolutionierte sich durch neue naturwissenschaftlich-technische Ermittlungsmethoden, die die moderne Kriminalistik begründeten. Erfinder und Unternehmen wünschten Patentschutz, die Urbanisierung erforderte neue Formen der Daseinsvorsorge, transnational agierende Unternehmen suchten sich gegen Risiken abzusichern und entwarfen standardmäßige Formulare, die sie ihren Kunden vorlegten.

Akteur war demnach nicht nur der Staat, und es wurden nicht nur Gesetze erlassen. *Die Moderne brachte vielmehr einen neuen Normpluralismus mit sich, etwa in Form technischer Regeln.* Technische Normen und Standards gab es lange vor dem 19. Jahrhundert, aber nun wuchs das Bedürfnis infolge der industriellen Massenproduktion signifikant. Ohne ein hohes Maß an Einheitlichkeit wäre jene kaum möglich gewesen; Inhalte und Verfahren der Normung mussten aber erst entwickelt werden – es gab ja noch keine zentrale Normungsinstitution wie heute das DIN, geschweige denn eine internationale.

Plural waren demnach auch die normsetzenden Akteure. Schon im 19. Jahrhundert gab es eine Internationale Gemeinschaft mit festen Institutionen […]. Auch hier spielte die Industrialisierung eine

> entscheidende Rolle. Sie bescherte dem Völkerrecht neue Themen und Perspektiven. Statt über Krieg und Frieden zu verhandeln, sollten nun auch ökonomische und technische Sachverhalte reguliert werden. Telegrafie, Maß und Gewicht, Post und Frachtverkehr stellten das Völkerrecht und seine Wissenschaft vor neue Aufgaben. Wo sich Wirtschaft und Verkehr verdichteten, war ein regulatorischer Rahmen erforderlich und zwar gerade auch auf der internationalen Ebene. Normsetzung auf internationaler Ebene und Verdichtung des Austausches standen daher in enger Wechselwirkung miteinander und ließen eine Internationale Gemeinschaft entstehen.“ (Vec 2009, S. 162 f.)

Mit herzlicher Zustimmung möchten wir auch die bilanzierenden Überlegungen von Miloš Vec zitieren, die uns genau zu dem *Schlüsselkonzept der normativen Pluralität* zu passen scheinen:

> „Was haben die beiden, scheinbar weit auseinander liegenden Themenfelder gemein? Drei Punkte zum Abschluss:
>
> Erstens verdeutlichen die Beispiele, dass wir weder der Vormoderne noch dem 19. und 20. Jahrhundert gerecht werden, wenn wir mit zu engen Begriffen von Verfassung, Recht und Staat operieren. Historisch begegnen wir vielmehr allenthalben Konzeptionen von Staatlichkeit, denen der begrenzte Formenschatz der tradierten Rechtsgeschichte nicht gerecht wird – seien es die großen Bereiche gesellschaftlicher Regelsetzung im 19. oder die vormodernen Ordnungen des 17. und 18. Jahrhunderts.
>
> Zweitens sieht man, dass die juristische Grundlagenforschung, wie ich sie mir vorstelle, besonders dann Neues entdecken kann, wenn sie sich mit disziplinärer Offenheit der Einbindung des Rechts in die Gesellschaft widmet. Sie gewinnt durch Kooperation mit anderen Disziplinen und mit dem scharfen Blick auf Details.
>
> Drittens erkennt man, wie die Normativität des Rechts in Konkurrenz und Kooperation mit anderen Normativitäten steht: Das geht weit über die – meines Erachtens überschätzte – Dichotomie von Recht und Moral hinaus. Gesetze interagieren mit sozialen Regeln, etwa Geboten der Höflichkeit, oder Prinzipien der Politik. Juristische Normen koexistieren mit technischen Standards und religiösen Imperativen. Oft gibt es keine Kollisionsregel, die Konflikte zwischen den Normenmassen verbindlich regeln würde.
>
> Die Beziehungen zwischen diesen Formen sind so komplex und wechselhaft wie die heterogenen Gesellschaften, die sie hervorgebracht haben. An den vorgenannten zwei Beispielsfeldern aus Vormoderne und industrieller Moderne kann man dies einigermaßen ablesen. Sie auch künftig zu analysieren scheint mir eine interessante Herausforderung im Zeitalter der Globalisierung, das von so vielen Pluralismen und Transfers gekennzeichnet ist. Diese Herausforderung, und damit bin ich am Ende, lässt sich auf einen Begriff bringen: Multinormativität.“ (Vec 2009, S. 165)

2. Der Schlüsselbegriff Governance

Wenn man nach Konzepten Ausschau hält, die einen nicht staatszentrierten Blick auf die *World of Rules* erlauben, drängt sich das Governance-Konzept geradezu auf, und zwar aus zwei Gründen: einmal ist das Governance-Konzept – wie wir, zurückgreifend auf schon an anderer Stelle publizierte Überlegungen (Schuppert 2011a, S. 32 f.) sogleich darlegen werden – ein *staatsrelativierendes Konzept*, zum anderen hält es mit dem Begriff der *Regelungs-*

strukturen einen Begriff bereit, der die immer im Hintergrund lauernde Qualifikationsfrage „Recht oder Nicht-Recht?" bewusst offen lässt.

a) Das Governance-Konzept als staatsrelativierendes Konzept

In der Politikwissenschaft ist die Versuchung seit jeher groß, „den Staat" – eine Bezeichnung in der Regel verwendet als Abkürzung für hierarchisches, gar obrigkeitliches Regieren – wenn nicht in offener Schlacht, so doch zumindest semantisch aus dem Felde zu schlagen. Nachdem aber „Der Staat" alle diesbezüglichen Versuche der semantischen Ignorierung – man denke nur an die Ersetzung des Staatsbegriffs durch den des „politischen Systems" – offenbar unbeschadet überstanden hat, scheint der Governance-Begriff eine zweite Chance zu bieten, kommt er doch sozusagen staatsfrei daher, so dass man meinen könnte, der Staat verschwände durch einen *semantischen Coup* – einem Zauberkunststück gleich – von der Bildfläche, die hinfort vom Governance-Begriff dominiert oder gar beherrscht wird. So einfach ist es hingegen nicht.

Wenn schon der Staat nicht durch einen semantischen Coup zur Gänze verschwindet, bliebe vielleicht noch der subtilere Weg, den Governance-Begriff eng zu schneidern und damit das, was man am Staat nicht mag, erfolgreich auszublenden. Denn der Staatsgehalt des Governance-Ansatzes ist umso geringer, je enger der zugrunde gelegte Governance-Begriff ist. Versteht man nämlich den Governance-Begriff so, dass er eigentlich nur die nicht hierarchischen Governance-Formen erfasst – wobei die Gleichung Hierarchie = Staat immer mitgedacht ist – so will Governance eindeutig *eine andere als die staatliche Perspektive* sein; diese gewollte Selektivität der Sichtweise des Governance-Ansatzes könne – so Arthur Benz – „damit gerechtfertigt werden, dass wir so besondere Formen der Politik, des kollektiven Handelns in der modernen Gesellschaft besser verstehen als etwa mit dem Konzept des Staates oder Regierungssystems" (Benz 2004, S. 20). Ist Governance in diesem engeren Sinne als ein Gegenbegriff zu hierarchischer Steuerung zu verstehen, so wird damit der Staat als Governance-Akteur allerdings nicht abgeschafft; er ist damit aber „nur noch" ein Governance-Akteur unter anderen, und zwar eingebunden in nicht hierarchische, auf die Kooperation mit nicht staatlichen Akteuren zielende Regelungsstrukturen.

Die nachfolgende Gegenüberstellung des *staatsfokussierten Government-Begriffs* und des eher *staatsflüchtigen Governance-Ansatzes* zeigt in sehr anschaulicher Weise den unterschiedlichen Staatsgehalt beider Konzepte (Benz 2004, S. 21):

Government und Governance

	Government *Staat vs. Markt bzw. Gesellschaft*	**Governance** *Staat, Markt und Netzwerke als komplementäre Steuerungsformen*
polity	• Fokussierung auf Staat • Mehrheitsdemokratie und Hierarchie als wichtigste Institutionen	• Institutionelle Struktur, die Elemente von Hierarchie, Verhandlungssystemen und Wettbewerbsmechanismen verbindet
politics	• Wettbewerb zwischen Parteien um Machterwerb und zwischen Interessengruppen um Einfluß • Konfliktregelung durch Entscheidung der zuständigen staatlichen Organe und Durchsetzung staatlicher Entscheidungen	• Konflikte zwischen regierenden/leitenden und regieren/betroffenen Akteuren • Steuerung und Koordination im Kontext institutioneller Regelsysteme • Verhandlungen staatlicher und/oder gesellschaftlicher Akteure • Anpassung institutioneller Regelsysteme
policy	• Gesetzgebung (Ge- und Verbote) • Verteilung öffentlicher Leistungen	• Verselbständigung (in Netzwerken und Gemeinschaften), Kompromisse, Tauschgeschäfte • Koproduktion kollektiver Güter • Netzwerkmanagement • Institutionenpolitik (Management des institutionellen Wandels)

Aber auch dem subtileren Weg einer *Staatsbeschneidung durch Begriffsverengung* dürfte kein Erfolg beschieden sein; denn es gibt – so will uns scheinen – in der Governance-Forschung inzwischen so etwas wie einen allgemeinen Konsens darüber, dass ein *weiter Governance-Begriff* vorzugswürdig ist (stellvertretend Zürn 2008), der es erlaubt, die ganze Bandbreite der Governance-Formen in den Blick zu nehmen. Daher verdient die von Renate Mayntz geprägte „Erfolgsdefinition" volle Zustimmung, die unter Governance das „Gesamt aller nebeneinander bestehenden Formen der kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstreglung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure" (Mayntz 2005, S. 13) versteht. Es wäre – so möchten wir hinzufügen – in der Tat eine schwer nachvollziehbare Verkürzung des Governance-Begriffs, würde die historisch wohl erfolgreichste Governance-Struktur – das Organisationsprinzip der Hierarchie und die Institution der Bürokratie – ausgeblendet.

Mit anderen Worten: *der Governance-Ansatz ist ein staatsrelativierendes, kein den Staat ausblendendes Konzept* und es wäre daher wenig hilfreich, Staat und Governance gegeneinander auszuspielen. Der Governance-Begriff erweitert aber – und daher ist er zu Recht so erfolgreich – die Perspektive und *vermeidet die mit jeder Staatszentriertheit verbundene Gefahr der Blickverengung.*

Nachdem wir nun wissen, wie das Governance-Konzept beschaffen ist, wollen wir nunmehr einen kurzen Blick auf den Zentralbegriff der Regelungsstrukturen werfen, zu dem wir uns ebenfalls schon an anderer Stelle (Schuppert 2011d) geäußert haben.

b) Governance in und durch Regelungsstrukturen

Der Zentralbegriff von Governance ist der der Regelungsstruktur, der sowohl in der Rechts- wie in den Sozialwissenschaften Verwendung findet und daher als Brücke zwischen diesen beiden disziplinären Diskursen zu fungieren vermag. Im Mittelpunkt des Konzepts der Regelungsstrukturen stehen nicht einzelne Rechtsvorschriften oder Fragen guter Gesetzgebung; vielmehr kann man Regelungsstrukturen als aufgabenbezogene institutionelle Arrangements bezeichnen, die die für die Regelung eines bestimmten Sachverhalts wichtigsten Regelungsinstanzen, Maßstäbe, Formen und Instrumente umfassen, so dass das Regelungsstruktur-Konzept als analytischer Rahmen dient, innerhalb dessen die Wirkungszusammenhänge, Substitutions- und Ergänzungsverhältnisse zwischen Handlungsmaßstäben, Akteuren und Instrumenten thematisierbar werden.

Regelungsstrukturen leisten – und dies dürfte für die beobachtbare steile Karriere dieses Brückenbegriffs mit ursächlich sein – insbesondere dreierlei:

- Erstens lenkt der Begriff der Regelungsstruktur den Blick auf den gesamten Steuerungszusammenhang einer Aufgabenerfüllung, indem die Regelungsstruktur-Perspektive nicht in Kästchen und Abgrenzungen denkt, sondern diese – wie etwa zwischen staatlichen und nicht staatlichen Akteuren, zwischen privatem und öffentlichem Recht sowie zwischen formal und informal – überwindet; besonders wichtig dabei ist das Augenmerk auf die funktionale Verbindung von unterschiedlichen Handlungsrationalitäten (und auch Rechtsregimen) staatlicher und privater Akteure zur Erreichung von Steuerungszielen in den jeweiligen Politikfelder. Regelungsstrukturen sind also Koordinationsstrukturen und daher hervorragend geeignet, um das Zusammenwirken staatlicher und privater Handlungskompetenz als eine der Zentralaufgaben des modernen Verwaltungsstaates zu organisieren und zu institutionalisieren.

- Zweitens schärft die Perspektive der Regelungsstrukturen die Wahrnehmung für das Zusammenspiel von gesellschaftlicher Selbstregelung und staatlicher Steuerung, also für Prozesse, die in der Politikwissenschaft als „The New Interplay between the State, Business and Civil Society" bezeichnet werden. Regelungsstrukturen erbringen soweit nicht nur Koordinationsleistungen, sondern verkoppeln die unterschiedlichen Hand-

lungslogiken staatlicher und nicht staatlicher Akteure, indem Strukturen geschaffen werden, innerhalb derer der Staat die private Leistungserbringung im Interesse des Gemeinwohls reguliert und überwacht (Regulierungsverantwortung), zum anderen durch Rahmenvorgaben selbstregulative Potentiale von Wirtschaft und Zivilgesellschaft gleichzeitig freisetzt und kanalisiert (Stichwort: regulierte Selbstregulierung).

- Damit kommt drittens die zentrale Eigenschaft der Regelungsstruktur-Perspektive in den Blick, sich in die jüngste Diskussion über den Wandel von Staatlichkeit einbringen zu können, in dem – wie gerade das Stichwort der regulierten Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates zeigt – die Governance- und Regelungsstrukturen eines bestimmten Staatstyps oder Staatsbildes (Interventionsstaat, Präventionsstaat, Gewährleistungsstaat als Beispiele) sich in besonderer Weise dem analytischen Zugriff öffnen.

Nachdem nun auch der Begriff der Regelungsstrukturen geklärt ist, scheint es uns an der Zeit, einen etwas grundsätzlicheren Schritt zu wagen und unser Konzept einer Regelungswissenschaft vorzustellen.

3. Das Schlüsselkonzept „Regelungswissenschaft"

Wenn unsere bisherigen Überlegungen richtig sind, dann erscheint ein weiterer konzeptioneller Schritt unausweichlich: denn wenn Multinormativität der Normalfall jeder durch Regeln geordneten Gesellschaft ist und wenn Regelungsstrukturen – ob rechtsverbindlich oder nicht, ob in der Gestalt von Gesetzen oder internalisierten sozialen Normen – verhaltenssteuernde Wirkungen entfalten, also das Verhalten von Akteuren ermöglichend und/oder beschränkend flankieren, dann wird die *Verwendung eines Weitwinkelobjektivs* unabdingbar, da nur so die Vielfalt und das Zusammenwirken verhaltenssteuernder Normen erfasst werden kann. Dieses Weitwinkelobjektiv heißt *Regelungswissenschaft* und meint – unter Überwindung der Fixierung auf das positive staatliche Recht – das In-den-Blick-Nehmen von Verhaltenssteuerung durch Regeln verschiedenster Art, was weder die Abschaffung von „Recht" im Sinne von „binding norms" mit Sanktionsbewährung bedeutet noch die Frage obsolet macht, was wir als Recht definieren wollen; aber dies ist erst der zweite Schritt; zunächst geht es – methodisch im Sinne einer *Regelungssoziologie avant la lettre* – um die Beschreibung und Analyse von *Prozessen der Regelsetzung, der Regelanwendung und der Regeldurchsetzung*.

Angesichts dessen kann es vielleicht nicht überraschen, dass in einem Beitrag zur *„Soziologie der Gesetzgebung"* erste Überlegungen zu einer Erweiterung der Gesetzgebungslehre zu einer Rechtsetzungslehre in weiterem Sinne zu finden sind; Helmuth Schulze-Fielitz hat dazu in überzeugender Weise Folgendes zu Protokoll gegeben:

> „Hinzu kommt ein erhebliches Wachstum an Problemstellungen aufgrund der Notwendigkeit, die Vielfalt von Rechtsquellen und Regelungsebenen in ihrem Zusammenspiel zu berücksichtigen. Aus-

gangspunkt muss die ‚Regelungsstruktur' i. S. aller für die Regulierung eines Sachbereichs und einer öffentlichen Aufgabe wichtigen Regelungsinstanzen und Regelungsinstrumente sein. Herkömmlicherweise orientiert sich die empirische Soziologie der Gesetzgebung an der Entstehung einzelner Gesetze, Normen oder rechtlichen Institutionen. Durch die Ausdifferenzierung des Rechts in eine Fülle von einander ergänzenden oder kompensierenden Regelungen, Regelungsinstanzen und Regelungsinstrumenten bedarf es einer starken Beachtung des wechselseitigen Wirkens und Zusammenwirkens unterschiedlicher Normen der staatlichen Regelungsebenen, von der europäischen Rechtsetzung bis zur Gesetzeskonkretisierung durch Satzung oder Verwaltungsvorschriftengebung, aber auch des Zusammenhangs staatlicher und privater Rechtsetzung. Hier versagen schlichte Kausalvorstellungen von Folgen einzelner Normen im parlamentarischen Gesetz i. S. von linearen Wirkungen bestimmter normativer Imperative. In den Begriffen wie ‚reflexives Recht' oder ‚Kontextsteuerung' ist das Komplexitätswachstum schon früh rechtssoziologisch thematisiert und auch rechtsdogmatisch rezipiert worden. Für eine auch gesetzgebungspragmatisch orientierte (präskriptive) Rechtsetzungslehre folgt daraus, die Fragestellungen einer am Parlamentsgesetz orientierten Gesetzgebungslehre zugunsten einer *Rechtsetzungslehre im weiten Sinne auszudehnen*; eine Soziologie allein der parlamentarischen Gesetzgebung kann nur noch unterkomplexe Antworten auf die Normsetzungsprobleme im modernen Staat geben. Beispielsweise sind die im Umweltrecht neuerdings in breitem Umfang praktizierten normersetzenden Selbstverpflichtungserklärungen auf die soziale Selektivität der Einflussmöglichkeiten der beteiligten Interessen(verbände), auf ihre Kontrollier- und Sanktionierbarkeit hin zu überprüfen." (Schulze-Fielitz 2000, S. 170 f.)

Wir selbst haben dann ein Jahr später in einem programmatischen Beitrag die Idee ins Spiel gebracht, *Rechtswissenschaft als Regelungswissenschaft* zu verstehen (Schuppert 2001) und nach einem weiten Anlauf den Sprung gewagt, ein Buch zu *Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft* vorzulegen (Schuppert 2011c). Wir halten dieses Konzept nicht nur nach wie vor für richtig und im Sinne der obigen Ausführungen zur Funktion von Schlüsselbegriffen für zukunftweisend, sondern fühlen uns in ihm auch vielfach bestätigt, und zwar vor allem in zweierlei Weise:

(1) Einmal gibt es eine Reihe von Autoren, die – aus ganz verschiedenen Blickwinkeln argumentierend – in ähnlichen Bahnen denken. Neben Claudio Franzius, der in einem Beitrag über die Funktion von Regelungsstrukturen ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass ihre Eigenart darin bestehe, „sich nicht-staatlichen und nicht-rechtlichen Regelungsformen zu öffnen" (Franzius 2006, S. 205), ist hier vor allem unser langjähriger Weggefährte Wolfgang Hoffmann-Riem zu nennen, den wir gleich zweimal in den Zeugenstand bitten wollen:

In einem Beitrag über „Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht" (2006) hat er insgesamt zehn Punkte einer innovativen Umorientierung benannt, von denen wir diejenigen fünf herausgreifen, in denen der Wandel der Rechtswissenschaft von einer textorientierten Interpretationswissenschaft zu einer – wie wir es formulieren möchten – *problemlösungsorientierten Regelungswissenschaft* besonders klar zum Ausdruck kommt; diese fünf, im Zusammenhang aufgeführten Punkte sind die folgenden:

- „Anknüpfend an die historische Entwicklung bleibt es weiterhin wichtig, das Gesetz als Grenze staatlichen Handelns zu verstehen; es ist aber auch Auftrag zur Gestaltung und zur Optimierung in einem Korridor des rechtlich Zulässigen; dementsprechend ist das

Gesetz in erster Linie als *normatives Mittel zur Gewährleistung der Qualität rechtsgeprägten Handelns* einzurichten.

- Um die Handlungs- und Wirkungsperspektive des Rechts besser zu erfassen, versteht sich die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft auch als *Steuerungswissenschaft*. Sie legt sich allerdings nicht auf eine bestimmte Steuerungstheorie fest, sondern verwendet in pragmatischer Absicht einen normativ orientierten Steuerungsbegriff: Es geht um den Beitrag des Rechts zur Bewirkung normativ erwünschter und zur Vermeidung normativ unerwünschter Folgen.

- Zu beobachten ist eine Ausweitung der Handlungsformen, der Steuerungsmodi und der Regulierungsstrategien im Recht. *Das* häufig im Zentrum der Betrachtung stehende, mit Ge- und Verboten sowie Sanktionen arbeitende *imperative Recht* (das Ordnungsrecht) *wird ergänzt, etwa um ermöglichendes, freisetzendes Recht*, das insbesondere anreizorientiert ausgestaltet ist.

- Damit einher geht eine Abkehr von der Konzentration rechtswissenschaftlicher Analyse auf eine eher hierarchisch ausgerichtete Aufgabenerfüllung und eine Hinwendung zur vermehrten Berücksichtigung dezentraler, mehr oder minder autonomer Aufgabenwahrnehmung und der Vernetzung der Akteure. Besondere Aufmerksamkeit finden Problemlösungen in *gesellschaftlicher Selbstregulierung*, für die das Recht aber einen Rahmen setzt, Strukturen bereit stellt (etwa den Markt) und *Spielregeln* aufstellt (regulierte Selbstregulierung).

- Zweifel an der strikten Unterscheidbarkeit des Rechts vom Nichtrecht und Einblicke in die Verzahnung von rechtsnormativen und sozialnormativen Orientierungen führen zu einem veränderten Blick auf die rechtlich anerkannten Handlungsmaßstäbe. Es kommt zur intensivierten Berücksichtigung des nur rechtlich dirigierten, aber auch zur Wahrnehmung des durch *nichtrechtliche präskriptive Orientierungen* geprägten administrativen Handelns. ‚Weiche Zielwerte' wie Effektivität, Effizienz, Akzeptanz oder Implementierbarkeit haben zwar auch Verankerungen in der Rechtsordnung, bleiben aber nicht auf die rechtliche Dimension beschränkt. Sie sind in ihrem weiten Verständnis wichtig für eine gesellschaftsverträgliche Steuerung." (Hoffmann-Riem 2006, S. 263 f.)

Auch diese Überlegungen Hoffmann-Riems schicken uns weg von der Vorstellung von Recht als einem Ensemble imperativer Anordnungen, sondern weiten den Blick für die Vielfalt rechtlicher Handlungsmodi, die Vielfalt von Regulierungsstrategien und die Gemengelage rechtlicher und nicht-rechtlicher Regelungsstrukturen. All dies ruft geradezu nach einer systematisierenden Beschäftigung durch eine zu entwickelnde Regelungswissenschaft.

In dem zweiten hier zu nennenden Beitrag geht es um „Umbauten im Hause des Rechts angesichts des Wandels von Staatlichkeit" (Hoffmann-Riem 2013); in ihm beschäftigt sich

Hoffmann-Riem auch mit „unserer Regelungswissenschaft“, und zwar unter dem Stichwort „*Rechtsquellen*“ in drei Schritten; im ersten Schritt teilt er den von uns erhobenen Befund einer Vervielfachung von Rechtsquellen und Regelsetzern:

> „Die Gegenwart ist durch eine ungeheure *Vervielfachung von Rechtsquellen* in verschiedenen Ebenen geprägt, so im nationalen Recht, im europäischen Mehrebenenverbund und in trans- und internationalen Rechtsbeziehungen. Diese Vervielfachung von Quellen deutet zugleich auf eine *Vervielfachung von Regelsetzern* hin, nämlich solche, die im nationalen Recht (etwa Gesetzgeber, Verwaltung, Kommune, Bundesland oder Bund) und die im europäischen Bereich tätig sind (etwas EU-Kommission oder Europäisches Parlament), aber auch verschiedene Akteure im trans- und internationalen Raum (wie WTO oder Weltbank). Dabei gibt es hoheitliche oder hoheitlich legitimierte, aber auch rein private Regelsetzer. Kennzeichnend ist ebenfalls eine Ausweitung der Art der Quellen, so im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Nutzung öffentlich-rechtlicher, privatrechtlicher und hybrider (öffentlich-privatrechtlicher) Normen sowie durch den Rückgriff auf formale und informale Regeln. Dabei ergibt sich auch die Notwendigkeit, die Schnittstellen zwischen formalen und informalen Regeln sowie gegebenenfalls die wechselseitigen Austauschbarkeiten zu berücksichtigen.“ (Hoffmann-Riem 2013, S. 355)

Angesichts dieser Vielfalt – so fährt er fort – ließen sich *unterschiedliche Härtegrade von Recht* unterscheiden:

> „Kennzeichnend sind auch unterschiedliche ‚Härtegrade‘ von Recht, die etwa erkennbar werden, wenn versucht wird, Standards, Rules of Conduct, Leitbilder oder Empfehlungen daraufhin zu besehen, ob sie als Recht anerkannt werden und dem Hard Law oder dem Soft Law zuzuordnen oder bloß faktisch befolgte Regeln sind. Die unterschiedlichen Härtegrade lassen sich insbesondere an den Begriffen verbindlich und sanktionsbewehrt festmachen und in den folgenden Kombinationen auffangen:
>
> - rechtsverbindlich und sanktionsbewehrt;
> - rechtsverbindlich, aber in der Rechtsordnung sanktionslos, wenn auch gegebenenfalls mit faktischen Sanktionen bewehrt;
> - rechtlich unverbindlich, aber faktisch verbindlich, weil mit faktischen Sanktionen bewehrt (etwa dem Risiko des Verlusts zukünftiger Geschäftsbeziehungen oder der Ächtung in der Community);
> - rechtlich unverbindlich und auch faktisch nicht sanktioniert.“ (Hoffmann-Riem 2013, S. 355)

Dann aber kommt – als dritter Schritt – natürlich die unvermeidliche Gretchenfrage, was als „Recht“ gelten soll:

> „Besonders diskussionsbedürftig ist die Frage, was eine Regel – verstanden als abstrakt-generelle Verhaltensvorgabe – als ‚Recht‘ adelt: Ist für die Qualität als Recht ein Hoheitsträger als Regelsetzer gefordert oder genügen Private, die beispielsweise im Bereich der Standardsetzung, der Formulierung von Codes of Conduct und Ähnlichem Verhaltensregeln setzen? Welche Bedeutung hat die Sanktionierbarkeit, wiederum unterschieden danach, ob Hoheitsträger die Sanktion mit Hilfe besonderer Instrumente hoheitlicher Rechtsdurchsetzung vornehmen oder ob auch faktisch wirksame Sanktionen ausreichen. Dies alles führt in die besonders aktuelle, von GFS mehrfach aufgegriffene Diskussion um ‚Soft Law‘. Bedarf es für die Einordnung von Soft Law in das Aufmerksamkeitsspektrum von Rechtswissenschaft oder für seine Anerkennung als funktionales Äquivalent für staatliches Recht des ‚Hardening‘, etwa der Rezeption privater Standards in die Rechtsordnung usw.? […] Es zeigt sich,

> dass in der Vorratskammer der World of Rules noch eine Fülle offener Fragen gestapelt sind. Zu den offenen Fragen gehört auch die, ob angesichts der Diversität von Regeln und der Ansiedlung eines Teils von ihnen in den *Grenzzonen des Rechts* eine Beherrschbarkeit der Artenvielfalt durch Rechtswissenschaft noch vorstellbar ist oder gar, ob der Selbststand von Recht und Rechtswissenschaft in Gefahr ist." (Hoffmann-Riem 2013, S. 356 f.)

Auch wir können und wollen dieser Gretchenfrage nicht ausweichen und werden einen Vorschlag machen, wie mit diesem Qualifikationsproblem umgegangen werden könnte.

(2) Wohl verstanden würden wir uns zudem von einer Spielart der sogenannten *general jurisprudence* fühlen, wie sie insbesondere von Brian Z. Tamanaha in seinem Werk *A General Jurisprudence of Law and Society* (2001) und von William Twining in seinem inzwischen zum Standardwerk avancierten Buch *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (2009) vertreten wird. Um diese von uns für richtig gehaltene Art einer *general jurisprudence* besser verstehen zu können, ist es hilfreich, sie von einer anderen Spielart abzugrenzen, die Brian Tamanaha in seinem Aufsatz „What is General Jurisprudence?" (2012) als „essentialistisch" bezeichnet, weil sie Aussagen über die wahre „Natur des Rechts" zu formulieren sucht, die überall in der Welt und ungeachtet der kulturell unterschiedlich fundierten Rechtssysteme Geltung beanspruchen; beispielhaft dafür sei etwa die Position Scott Shapiros (2011), die Tamanaha wie folgt charakterisiert:

> „To supplement his intuition about law, Shapiro assembles a list of truisms about law. Truisms, he says, ‚are not merely true, but *self-evidently* so.' These truths are ‚so unobjectionable that they hardly need mentioning.' Among his proffered truisms, Shapiro asserts that all legal systems have judges who interpret the law, all legal systems have mechanisms to change the law, legal authority is conferred by legal rules, some laws impose obligations, in every legal system some person or institution has supreme authority to make certain laws, there are right answers to some legal questions, and so forth. His truisms are obviously taken from the common *institutional arrangement of contemporary Western state legal systems.*" (Tamanaha 2012, S. 8)

Ganz anders hingegen – und vorzugswürdig – sei der nichtessentialistische Ansatz von *general jurisprudence* eines zweiten Typs:

> „The second type of general jurisprudence does not focus on a theory of the nature of law […] but rather on constructing a theoretical framework that addresses various manifestations of law around the globe. It brings within its compass state law, international law, transnational law, religious law, human rights law, customary law, and other instantiations of law. William Twining's recent book, *General Jurisprudence*, is an example of this version.
>
> These two types of general jurisprudence both claim to be *about law in general*, as H. L. A. Hart put it, ‚in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture.' (Work that focuses on a particular legal system is local, particular, or parochial jurisprudence.) But they mean this in quite different senses. The first type claims to produce essential truths about law that apply across the universe, for all times and places and all legal systems, existent and non-existent; while the second type claims to bring within its purview forms of law around the globe as they actually exist." (Tamanaha 2012, S. 2 f.)

Diese Positionsbeschreibung könnte auch unsere eigene sein; auch in der folgenden nochmaligen Gegenüberstellung der Ansätze von Shapiro und Twining würden wir uns bedenkenlos auf die Seite von letzterem schlagen:

> „The second difference relates to the status of Twining's formulation of law. While Shapiro claims to have produced eternal truths about the nature of law, Twining assumes a more modest stance: ‚Although it takes the form of a definition *per genus et differentiam*, this is not „Twining's conception (or definition) of law." *I use different conceptions of law for different purposes in other contexts.* Here the purpose is to provide some conceptual tools for viewing law from a global perspective, first in respect of constructing a broad overview or mental map of legal phenomena and, second, for describing, interpreting, analyzing, explaining, and comparing legal phenomena.'" (Tamanaha 2012, S. 12)

Nunmehr aber scheint es uns an der Zeit, unser letztes Schlüsselkonzept vorzustellen.

4. Zum Schlüsselkonzept „Recht als Kommunikation"

Normen, insbesondere Gesetze werden „erlassen" und anschließend im Bundesgesetzblatt „verkündet". Die Juristen sprechen dann gern *dem* Gesetzgeber als einem besonderen Akteur, der nach Erwägung von allem Für und Wider eine gemeinwohlorientierte Entscheidung trifft; jeder Jurastudent, der dessen Produkt – das Gesetz – in der Klausur auf seine Verfassungsmäßigkeit und das heißt insbesondere seine Verhältnismäßigkeit zu prüfen hat, fragt dabei zunächst nach dem Zweck des Gesetzes, das heißt danach, was der Gesetzgeber sich bei dem von ihm verabschiedeten Regelwerk gedacht hat. Nun weiß aber jeder Beobachter des politischen Prozesses, dass *der* Gesetzgeber als politische Entscheidungsinstanz, die weiß, was sie will und erwägt, was zu erwägen ist, und das so gefundene Ergebnis souverän beschließt, in der politischen Wirklichkeit nicht existiert. Gesetzgebung ist ein politischer Prozess, an dem viele Akteure mitwirken, um auf die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Gesetzes Einfluss zu nehmen. Dazu gehört nicht nur die gesetzesvorbereitende Ministerialbürokratie sondern auch und gerade nicht staatliche Akteure wie die organisierten Interessen, die in Gestalt ihrer Verbände nach der *Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien* (GGO) auch förmlich am Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen sind. Um das zwischen den verschiedenen Akteuren bestehende Beziehungsgeflecht – sei dies formaler oder informaler Natur – auf den Begriff zu bringen, kann man von Gesetzgebung als einer netzwerkartigen Entscheidungsstruktur sprechen (Beyme 1997), von einem Netzwerk, dessen Teilnehmer intensiv und unentwegt miteinander kommunizieren. Dieser insbesondere von Klaus von Beyme herausgearbeitete Befund, dass wir es bei der Gesetzgebung mit einer vernetzten Kommunikationsstruktur zu tun haben, veranlasst uns etwas genauer hinzusehen und aus der Kommunikationsperspektive einen Blick auf die Produktion, die Anwendung und die Durchsetzung von Recht zu werfen.

a) Kommunikative Rechtserzeugung

Dass die Produktion von Recht (dazu ausführlich das Dritte Kapitel) als ein kommunikativer Prozess verstanden werden kann und muss, möchten wir an zwei Beispielen verdeutlichen, nämlich an der Entstehung lokalen Rechts wie am Beispiel des *common law*.

(1) Das Beispiel der lokalen Rechtsproduktion zu wählen, liegt deshalb nahe, weil aus historischer Perspektive Recht vor allem stets lokales Recht war und erst im Verlauf von Zentralisierungsprozessen „verkaiserlicht" oder verstaatlicht wurde, eine Tatsache, die angesichts unserer nationalstaatlichen Denktraditionen allzu leicht aus dem Blick verschwindet. In seiner weit ausholenden Darstellung *Von der europäischen Rechtsgeschichte zur einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive* hat Thomas Duve unter der Überschrift „Erfahrungswissenschaftlicher Rechtsbegriff und die Priorisierung des Lokalen" zur lokalen Rechtserzeugung Folgendes ausgeführt:

> „Geht man nämlich von einem erfahrungswissenschaftlichen Rechtsbegriff aus – alles andere ist schon epistemologisch unmöglich […], so ist ‚Recht' nicht eine irgendwie vorgegebene Ordnung; diese mag es geben oder nicht, sie ist aber, wie auch die historischen Rechtsbegriffe, allein als Teil der Vorstellung der Akteure von Bedeutung. Gegenstand der rechtshistorischen Analyse kann vielmehr nur die Kommunikation der Beteiligten darüber sein, was als richtig oder nicht anzusehen ist. Das Objekt unserer historischen Beobachtung, ‚Recht', besteht etwas präziser, aber dennoch in gewollter Unschärfe, also aus Regelungsmustern, ‚deren bindender Anspruch mehr oder weniger anerkannt, die in rechtsinstitutionellen Kontexten mehr oder weniger kompetent zur Wirkung gebracht werden und mit denen man im Rahmen der Kontingenzen der Sozialwelt umgehen muß'. Rechtsgeschichte ist deswegen, so etwa Michael Stolleis, eine ‚Abfolge von sprachlich dokumentierten Bewußtseinszuständen einer Kommunikationsgemeinschaft derer, die an Recht und Verfassung beteiligt sind' – eine Definition, die hilft, die Dichotomie von Denken und Handeln, letztlich aber auch von Institution und Person zu überwinden." (Duve 2012, S. 50)

(2) Was das Konzept *common law* angeht, so drängt sich dies gerade auf, weil es hier um ein Rechtsregime geht, das eben nicht mit der jedem Juristen vertrauten Formel „beschlossen und verkündet" erfasst werden kann, sondern das im Prozess der Rechtsanwendung – erst Schritt um Schritt – entstanden ist.

Besonders instruktiv finden wir in diesem Zusammenhang, wie in dem *common-law*-Artikel der Encyclopedia Britannica die Entstehung des *common law* seit dem 13. Jahrhundert beschrieben wird:

> „As the legal profession grew, the more experienced barristers were admitted to the dignity of serjant-at-law and later banded together with the judges, who were appointed from their ranks, at Serjeants' Inns in London. There, burning legal problems were *informally discussed*, and guidance was given to all concerning the decisions of actual or likely cases. The four Inns of Court (Gray's Inn, Lincoln's Inn, Inner Temple, and Middle Temple) evolved from the residential halls of junior barristers to become the bodies officially recognized as having the right to admit persons to the bar. Education consisted of attending court, participating *in simulated legal disputes* (moots), and attending lectures (readings) given by senior lawyers." (Encyclopedia Britannica 2014)

Da es darum ging, die Art der Argumentation vor Gericht zu erlernen, erforderte die juristische Ausbildung die Niederschrift von Protokollen, die in sogenannten „Year Books“ zusammengefasst wurden:

> „Bar students therefore had to *make notes in court of actual legal arguments* in order to keep abreast of current law practices. These notes varied widely in quality, depending on the ability of the notetaker and the regularity of his attendance, and starting in about 1280 they seem to have been copied and circulated. In the 16th century they began to be printed and arranged by regnal year, coming to be referred to as the Year Books.
>
> The Year Book reports were usually written in highly abbreviated law French. They did not always distinguish between the judges and barristers and often simply referred to them by name. The actual judgment also was often omitted, the interest centring rather upon the *arguments presented by barristers in court*. Although previous decisions were not generally binding, great attention was paid to them, and it appears that the judges and barristers referred to earlier Year Books in preparing their cases. Thus, case law became the typical form of English common law.“ (Encyclopedia Britannica 2014)

Recht erlernt man nicht aus Gesetzbüchern, sondern dadurch, dass man *lernt, zu argumentieren* und zu plädieren und sich dabei auf ähnliche Fälle als Referenzpunkte zu beziehen; in Günter Hagers Darstellung der „Rechtsmethoden in Europa“ heißt es zu den Wurzeln des das *common law* kennzeichnenden Präjudiziensystems anschaulich wie folgt:

> „Die Berücksichtigung von Präjudizien ist untrennbar mit der Entstehung des Buchdrucks verknüpft. Dank des Buchdrucks standen frühere Entscheidungen überhaupt erst zur Verfügung. Maßgebenden Einfluss auf den Umgang mit Präjudizien entfalteten die seit dem Ende des 13. Jahrhunderts erschienenen ersten Year Books. Sie enthielten Aufzeichnungen der *vor den Gerichten (common pleas) vorgetragenen Argumente*. Sie dienten zunächst der *Erlernung der Technik des Plädierens*. Mittelbar offenbarten sie dadurch das praktizierte Recht. Zitate früherer Fälle waren selten, hatten dann aber durchaus Gewicht. Freilich waren Präjudizien nicht bindend. Law of nature und justice standen über allem. […] Schritt für Schritt verbesserten sich die Entscheidungssammlungen. Hinzu trat eine Veränderung des geistigen Klimas. Der Buchdruck hatte nicht nur die faktische Möglichkeit geschaffen, Präjudizien heranzuziehen. Mit ihm entstand auch der Rationalismus. Buchdruck und Aufklärung fallen zusammen. *Die Rechtsfindung wurde wissenschaftlich und textbezogen*. In wachsendem Maße setzten sich Parteien und Richter mit Vorentscheidungen auseinander. Man zitierte Präjudizien als Autoritäten.“ (Hager 2009, S. 87)

b) Rechtsinterpretation als Kommunikationsprozess

Dass Recht in aller Regel interpretationsbedürftig ist, ist eine Binsenweisheit und dass den Rechtsinterpreten dadurch eine besondere Autorität zuwächst, zeigt nicht nur das Beispiel des Bundesverfassungsgerichts; besonders deutlich wird dieser Zusammenhäng der Autorität von Texten und der Autorität von Textinterpreten im Bereich des göttlichen, geoffenbarten Rechts, das für ewig gilt und nicht – wie bei Verfassungen möglich und üblich – mit qualifizierter Mehrheit verändert und neuen gesellschaftlichen Realitäten angepasst werden kann. Religiöses, insbesondere göttliches Recht „in die Zeit“ zu stellen, ist – wie viele historische Beispiele zeigen - in der Regel Aufgabe einer funktional ausdifferenzierten Kaste von Interpreten mit sorgsam gepflegtem Autoritätsanspruch. Ein Musterbeispiel

dafür sind die für das jüdische Recht so zentralen Rabbiner, auf deren Methoden der Entscheidungsfindung wir daher einen kurzen Blick werfen wollen:

(1) Diskursivität als Methode der Entscheidungsfindung: Die Rolle der Rabbiner

Für das jüdische religiöse Recht sei – so erläutert es uns Ronen Reichman vom Institut für Jüdische Studien in Heidelberg – nicht, wie etwa im deutschen Recht, der deduktive Denktypus dominant, also die deduktive Ableitung des Ergebnisses mittels einer Subsumtion des jeweiligen Falles unter den Tatbestand einer Rechtsnorm, sondern eine abduktive Denkweise, mit der nach dem Fall gesucht wird, von dem man annimmt, dass er den Entstehungszusammenhang der überlieferten Norm darstellt (Reichman 2006); dieses Rechtsfindungsverfahren ist ein diskursives Verfahren, das von Reichman wie folgt beschrieben wird:

> „Mit der diskursiven Einlösung von Geltungsansprüchen, so wie sie in der talmudischen Rechtshermeneutik am Beispiel der abduktiven Argumentation zum Tragen kommt, verbindet sich die einleuchtende diskurstheoretische Idee, dass der *diskursive Austausch von Argumenten* über eine zu entscheidende Rechtsfrage die Möglichkeitsbedingung ihrer Richtigkeit darstellt. In einer Rechtskultur, die sich der normativen Wahrheitsfindung verschreibt, kommt der eventuellen rechtskulturellen und institutionellen Förderung der Diskursivität sowohl auf der akademischen Ebene der Rechtsfortbildung, als auch auf der Ebene der praktischen Rechtsanwendung eine entscheidende Bedeutung zu.
>
> Ihren Denkstil haben die Rabbinen bekanntlich in Form der Dialektik gepflegt, verstanden als ein *reglementiertes Gespräch* mit einer eindeutigen Verteilung der Positionen des Fragenden und Antwortenden, als eine besondere Form der Rede, nämlich einer prüfenden Rede, als ein Zwiegespräch mit prüfendem Charakter. Ihr literarisches Schaffen selbst legt davon das beste Zeugnis ab, was vor allem im babylonischen Talmud zum Ausdruck kommt, einem Werk, bei dem in Form der dialektischen Thesenführung subtile juristische Diskussionen in komprimierter Weise quasi protokolliert wurden." (Reichman 2013, S. 145 f.).

Klingt dies noch relativ abstrakt, so wird es in der nachfolgenden Passage von Satz zu Satz immer anschaulicher:

> „Interpretation des Gesetzes und dessen Fortschreibung gehen bei den Rabbinern Hand in Hand – und sie sind sich dessen bewusst. Die Rabbinen sind sich darüber im Klaren, dass der rechtlich ausdifferenzierte Sinn der biblischen Vorschriften durch ihre schriftliche Fixierung nicht in der Weise determiniert ist, als bestünde die Aufgabe des Schriftgelehrten lediglich darin, diesen Sinn herauszufinden. Vielmehr gilt es, diesen Sinn herauszuarbeiten. Die Rabbinen drücken diese Idee wie folgt aus: ‚*Als Gott, gepriesen sei Er, Israel die Tora übergab, wurde diese ihnen wie Weizen übergeben, um daraus Feinmehl zu gewinnen und wie Flachs, daraus Kleider herzustellen*' […]. *Erst im Diskurs entfaltet sich der normative Gehalt der überlieferten Vorschriften.* Erst in der rabbinischen Werkstatt werden die Kleider mit Menschenhänden hergestellt. Die Deutung der Gesetze spielt sich in dieser Werkstatt ab. Dazu gehört wesentlich die Streitkultur und damit zusammenhängend die *Anerkennung divergierender Interpretationen*, welche einen schönen Ausdruck in den Worten gefunden hat: ‚*Diese (Worte) und jene (Worte) sind Worte des lebendigen Gottes*' (bEr 13b). Eine Rechtskultur, welche ihre Prämissen auf diese Weise offenlegt, verpflichtet sich einem rationalen Rechtsethos, das die *kommunikative Vernunft des diskursiven Verfahrens* ins Zentrum rückt." (Reichman 2013, S. 146 f.)

Auch wenn dieses Beispiel auf den ersten Blick sehr speziell erscheinen mag, trifft es doch den zentralen Punkt jeder Rechtsauslegung.

(2) Rechtskommunikation als Methodenkommunikation

Dass auch für jede Wissenschaftsdisziplin die so elementare Methodenfrage eine kommunikative Dimension aufweist, ist vom Wissenschaftsrat in seiner Stellungnahme zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland zu Recht hervorgehoben worden:

> „Die Methode der dogmatische Fächer ist auf Rationalität der Rechtserkenntnis und Richtigkeit der Rechtsanwendung gerichtet. Vor allem aufgrund ihres Anwendungsbezugs ist die juristische Interpretationsmethode nicht identisch mit der Textinterpretation anderer Disziplinen, etwa der Literaturwissenschaft. Die Rechtsdogmatik als begrifflich-systematische Bearbeitung des Rechts *schafft einen gemeinsamen Kommunikationsraum für Wissenschaft* und Praxis." (Wissenschaftsrat 2012, S. 31)

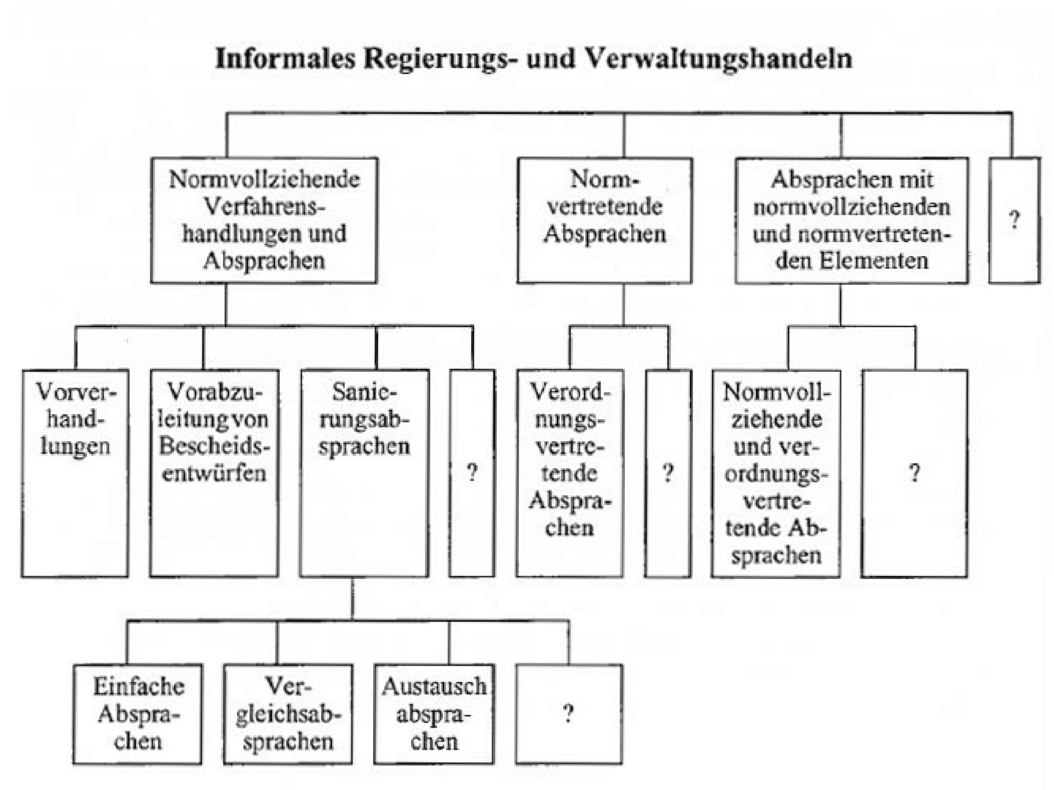
In ganz ähnlicher Wiese argumentierte Andreas von Arnauld in seinem Vortrag auf der Staatsrechtslehrertagung am 5. Oktober 2014 in Düsseldorf; auch er betont, dass die Suche nach der „richtigen Methode" sich im *Diskurs der Interpretengemeinschaft* vollzieht:

> „Methode ist nicht bloß ein Werkzeugkasten, sondern eine soziale Praxis. Als solche kann sie nicht isoliert werden von den Akteuren und Institutionen, durch die und in denen sie zur ‚Anwendung' kommt. *Sie konstituiert sich in diskursiven Prozessen* einer (nicht ganz) ‚offenen Gesellschaft der Rechts- und Verfassungsinterpreten'. Inhalte und Lehrsätze einer Methodenlehre sind daher im Regelfall nicht dekretiert; sie bedürfen vielmehr der Approbation durch Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Ihre Festigkeit gewinnt die juristische Methodenlehre als an praktischen Erfahrungen gewonnenes und zu verallgemeinerten Sätzen geronnenes kollektiv geteiltes Wissen. Als ein Korpus von sekundären Regeln – von Regeln also über die Anwendung von Regeln – legitimiert sich die Methode über die Sachkompetenz der Diskursteilnehmer und die stabilisierende Vernünftigkeit einer Praxis, die in Tradition und Herkommen verankert ist. Und dennoch: Die Methodenlehre ist nicht das feste Bollwerk, als das sie gelegentlich erscheinen mag. Ihrer letztlich konsensual-pragmatischen Basis verdankt sich, dass ihre Regeln veränderbar sind, ‚as we go along'." (Arnauld 2015, S. 72 f.)

c) Kommunikative Rechtsdurchsetzung

Dass es auch im Bereich der Normdurchsetzung nicht einfach mit hoheitlichen Anordnungen und ihrer Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung getan ist, zeigt insbesondere der Bereich des sogenannten informalen Verwaltungshandelns (Überblick bei Schuppert 2000, S. 236 ff.), das insbesondere im Gesetzesvollzug eine zentrale Rolle spielt (Bohne 1988). Der dafür in der Regel herangezogenene Beispielsbereich ist der des Umweltschutzes, in dem es häufig um die Durchsetzbarkeit umweltschützender Auflagen gegenüber privaten Betreibern geht; statt lange Prozesse zu führen, ist es hier häufig einfacher, das Problem einvernehmlich zu lösen (näher dazu Schulze-Fielitz 1992) und zwar mittels Absprachen zwischen den staatlichen Behörden und den privaten Unternehmen, die sich nicht nur darauf beziehen können, einzelne Auflagen abzuwenden, sondern auch angedrohte Verordnungen etc. Einer der besten Kenner solcher informaler Verwaltungs-

praktiken – Eberhard Bohne – hat zu diesen verschiedenen Absprachen eine Typologie entwickelt, die wir kurz vorstellen wollen (wobei die Fragezeichen andeuten sollen, dass die Typisierung nicht abschließend ist und für weitere informale Regierungs- und Verwaltungspraktiken offen steht):



Damit sind wir am Ende der Vorstellung unserer vier Schlüsselbegriffe einer nicht staatszentrierten Perspektive auf das Recht angelangt; bevor wir aber mit einer Übersicht über die nachfolgenden Kapitel und dem angekündigten Streifzug durch die Vielfalt der normativen Ordnungen fortfahren, seien noch einige bilanzierende Überlegungen angestellt.

E. Einige bilanzierende Überlegungen

Dieses Eingangskapitel sollte dazu dienen, dem Leser zu erklären, was uns zu diesem Buchprojekt veranlasst hat und worum es uns dabei vor allem geht:

Ausgangspunkt war und ist der im zweiten Kapitel näher entfaltete Befund, dass wir in einer Welt pluraler normativer Ordnungen leben und dass dieses normative Universum noch nicht hinreichend erkundet ist. Also muss es als erstes einmal – wie der Untertitel es

auch einfordert – gründlich vermessen werden. Bei dieser als Vorstufe zu einer noch zu konturierenden Regelungssoziologie dienenden Vermessungsarbeit bedurfte und bedarf es bestimmter Fixpunkte, um sich nicht in der taigahaften Weite des normativen Terrains zu verirren. Ein, wenn nicht der zentrale Wegweiser war und ist die Einsicht, dass ein etatistischer Rechtsbegriff nicht weiterhilft und dass die scheinbar so konstante Formel *Recht = Staat* auf dem Friedhof der Rechtsgeschichte bestattet werden sollte. Also bedurfte und bedarf eines nicht auf den Staat fixierten Kompasses.

Um die tief in unseren Köpfen verankerte Staatszentriertheit unseres Denkens zu überwinden, bestünde ein naheliegender Ausweg darin, in Zukunft statt von *legal pluralism* von normativer Pluralität zu sprechen und damit den Pluralitätsbefund ausreichend Rechnung zu tragen. Dies wäre zwar ein Schritt in die richtige Richtung, hieße aber, auf halbem Wege stehenzubleiben. Wessen es daher bedarf, ist unserem Nachdenken über die Pluralität normativer Ordnungen und den daraus sich ergebenden Konsequenzen für Recht und Rechtswissenschaft ein konzeptionelles Gerüst zu verleihen. Als Elemente eines solchen konzeptionellen Gerüsts, schlagen wir vor, mit vier Schlüsselkonzepten zu arbeiten, die wie folgt heißen:

- Multinormativität
- Governance
- Regelungswissenschaft
- Recht als Kommunikation

Ausgerüstet mit diesen vier Schlüsselbegriffen soll es uns – so unsere Hoffnung – gelingen, bei der Vermessungsarbeit nicht nur voranzukommen, sondern auch zu plausiblen Ergebnissen zu gelangen. Die genannten Schlüsselkonzepte sind dabei nicht etwa als passgenaue Schlüssel zu verstehen, die nunmehr alle Türen mit Leichtigkeit aufsperren, sondern eher als Orientierungspunkte, die unser Nachdenken über die *World of Rules* begleiten sollen; wir sollten sie – so stellen wir uns dies vor – immer im Hinterkopf haben und bei Bedarf aktualisieren.

So ausgerüstet wollen wir jetzt mit der eigentlichen Arbeit beginnen.

Was die Kapitelfolge angeht, so wandeln wir – wie wir mit Interesse festgestellt haben – auf den uns bei der Niederschrift dieses Buches noch nicht bekannten Spuren des Wissenschaftsrates, der in seiner Stellungnahme zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland angemahnt hatte, durch eine veränderte Ausrichtung der Forschung könnte „ein besseres Verständnis neuartiger Rechtsformen, Rechtsbildungsprozesse und Arten der Rechtsdurchsetzung“ (Wissenschaftsrat 2012, S. 37) gewonnen werden. Genau dies ist auch unser Thema: im zweiten und dritten Kapitel geht es um Rechtsbildungsprozesse und die in diesen entstehenden neuartigen Rechtsformen, im vierten Kapitel um die Pluralität von Rechtsdurchsetzungsregimen und im fünften Kapitel um die ebenfalls vom Wissenschaftsrat eingeforderte Neukonturierung des Rechtsbegriffs; im sechsten und letzten Kapitel schließlich wird die vom Wissenschaftsrat hervorgehobene Funktion des Rechts, der Ver-

wirklichung von Leitideen – wie zum Beispiel der der Gerechtigkeit – zu dienen, wenigstens kurz behandelt.

Aber nun zu den einzelnen Kapiteln selbst.

Das zweite Kapitel dient einer ersten Erkundung der *World of Rules*. Um in der Weite dieses Terrains nicht verloren zu gehen, bedarf es eines diese Erkundung leitenden Kompasses: Als ein solcher Kompass fungiert in diesem Kapitel die gruppensoziologische und governance-theoretische Perspektive. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass Governance-Kollektive, die häufig als Gruppen verfasst sind, in aller Regel als Regelungsgemeinschaften fungieren, das heißt, sich Regeln geben, um sich nach innen zu stabilisieren und gleichzeitig nach außen abzugrenzen. Diese Governance-Kollektive können verschiedenen Ursprungs sein und reichen von einem bestimmten Berufsstand wie dem preußischen Offizierskorps über ethnisch definierte Stammesgemeinschaften bis zu Religionsgemeinschaften wie der katholischen Kirche und dem Islam, die schon vor Erfindung des Wortes „Globalisierung" als global denkende und handelnde Akteure auf der Bühne der Welt eine wichtige Rolle spielten; auch Räuberbanden haben Governance-Strukturen, das heißt Regeln, die Befolgung erheischen, sei es auch nur bei der Verteilung der Beute. Wegen dieses engen Zusammenhangs von Gemeinschaftsbildung und Regelsetzung haben wir dem zweiten Kapitel einen Abschnitt unter der Überschrift „Im Gehäuse der Zugehörigkeit" vorangestellt, in dem aus verschiedenen disziplinären Blickwinkeln die Regelungsbedürftigkeit gemeinschaftlicher menschlicher Unternehmungen beleuchtet wird.

Im dritten Kapitel werfen wir einen näheren Blick auf die von Wolfgang Hoffmann-Riem gegenwartsdiagnostisch konstatierte „ungeheure Vervielfachung von Rechtsquellen […] und Regelsetzern" (Hoffmann-Riem 2013, S. 355). Wenn wir dies tun, beanspruchen andere und vor allem neuartige Arten von Recht unsere Aufmerksamkeit als die im ersten Kapitel behandelten; es zeigt sich, dass in der *World of Rules* zum Beispiel es eine *world of standards* gibt und dass wir uns darüber vergewissern müssen, was es bedeutet, wenn wir verschiedene „Härtegrade" von Recht unterscheiden müssen und wie sich *hard law* und *soft law* zueinander verhalten.

Auch ist die in diesem dritten Kapitel obwaltende Perspektive eine andere als die im zweiten Kapitel. Während es dort um Governance-Kollektive als Regelungsgemeinschaften ging, geht es hier um diejenigen Akteure und Institutionen, die dafür in Betracht kommen, den offenbar unstillbaren Regelungsbedarf einer sozial differenzierten, arbeitsteiligen, wirtschaftsliberalen und sich mehr und mehr globalisierenden Gesellschaft zu stillen. Dies lässt sich einmal am Beispiel des „Normenhungers" der Industriegesellschaft, zum anderen an der steten Regelungsnachfrage einer transnationalen Wirtschaftsgesellschaft leicht veranschaulichen. Insofern kann man bei der „Rechtsproduktion" von einer Angebots- und Nachfrageseite sprechen.

Im vierten Kapitel wechselt erneut die Perspektive. Diesmal geht es nicht um Recht als Produkt, sondern um die Durchsetzungsdimension jeder Normenordnung. Auch insoweit eröffnet sich bei näherem Hinsehen eine bunte Vielfalt von – wie wir sie bezeichnen –

Normdurchsetzungsregimen; sie reichen von der Durchsetzung von Recht durch eine staatliche Justiz bis zu *governance by reputation* und *compliance*-Regimen bis zum Sanktionscharakter sozialer Missachtung (*political correctness*). Ein wichtiger Aspekt ist auch das Verhältnis von staatlicher Rechtschutzgewährung und *non-state justice institutions* wie etwa *customary courts* in weiten Teilen Afrikas und Asiens.

Das fünfte Kapitel widmet sich dem Problem, was die skizzierte Vielfalt der Normenordnungen, die Vervielfachung der Regelsetzer und die Pluralität von Normdurchsetzungsregimen nun eigentlich für den Rechtsbegriff bedeuten. Sind die immer zahlreicher werdenden nicht staatlichen Normenbestände auch Recht, aber anderer Art und Herkunft, „hausen" sie in den „Grauzonen" des Rechts (Begriff bei Hoffmann-Riem 2013) oder sind sie Recht in „nur" soziologischem Sinne? Wie man aus der reichhaltigen Literatur zum *legal pluralism* lernen kann, scheint man vor der wenig hilfreichen Alternative zu stehen, nur das staatliche Recht zu Recht zu erklären – vielleicht noch als andere Rechtsquellen Gewohnheit und Religion duldend – oder aber alles als Recht zu definieren, „which looks like law and functions like law". Wir halten dieses Entweder-Oder für überwindbar und schlagen vor, mit einem Kontinuum beziehungsweise *sliding scale approach* zu arbeiten, einer Skala also, auf der – versehen mit den Endpunkten „*Recht*" bzw. „*Nicht-Recht*" – der jeweilige, zur Prüfung anstehende Normenbestand zu verorten wäre. Diese Platzierung erfolgt nach dem Durchlaufen eines Kriterienkatalogs, den wir entwickelt haben und der unserer Auffassung nach bei der Neukonturierung des Rechtsbegriffs behilflich sein kann.

Im letzten Kapitel schließlich begeben wir uns auf die Suche nach Gerechtigkeit. Erneut können wir hier an die Stellungnahme des Wissenschaftsrates anknüpfen, der drei Funktionen von Recht unterscheidet, nämlich Konfliktregelung, Verhaltenslenkung und die Verwirklichung von Leitideen wie Gerechtigkeit, Freiheit, Menschenwürde und Solidarität:

> „In modernen Grundrechtsdemokratien erfüllt das Recht eine stützende, stabilisierende und vor allem strukturierende Funktion bei der gesellschaftlichen Veränderung von Leitideen. Das Recht dient heute der Aufgabe, eine Ordnung zu sichern, die der Verwirklichung von Gerechtigkeitsansprüchen in einem demokratischen Verfassungsstaat, größtmöglicher, gesetzmäßig geordneter Freiheit, menschlicher Würde und mitmenschlicher Solidarität dient." (Wissenschaftsrat 2012, S. 26)

Bei unserer Suche nach Gerechtigkeit haben wir – und kommen insoweit auf das zweite Kapitel zurück – Governance-Kollektive nicht nur als Regelungsgemeinschaften sondern auch als Gerechtigkeitsgemeinschaften identifiziert, die sich eben auch durch je spezifische Gerechtigkeitsvorstellungen (Teilhabegerechtigkeit, Anerkennungsgerechtigkeit, Wiedergutmachung, ja Vergeltung) voneinander unterscheiden. Es gibt also nicht nur – und mit diesem Befund wollen wir diese Einleitung abschließen – eine Vielfalt von Normenordnungen und Normproduzenten sowie eine beachtliche Variationsbreite von Normdurchsetzungsregimen, sondern auch eine Pluralität von Gerechtigkeitsvorstellungen: Hier schließt sich gewissermaßen der Kreis und es wird Aufgabe einer zukunftsfähigen Rechtswissenschaft sein, mit diesem Pluralitätsbefunden angemessen umzugehen.

Zweites Kapitel
Zur Pluralität normativer Ordnungen – Eine Erkundung

A. Jede Gruppe gibt sich Regeln – Eine gruppensoziologische Perspektive

Sich selbst Regeln gebende Gruppen bezeichnen wir im Folgenden als *Regelungskollektive.* Darunter verstehen wir solche Personengruppen und Personenverbände, aber auch organisatorisch verfestigte Institutionen, die über ein in ihrer Gruppe, ihrem Verband oder ihrer Institution Geltung beanspruchendes eigenes, gruppen-, verbands- oder institutionenspezifisches *Regelungsregime* verfügen, das sie sich entweder selbst gegeben haben oder das auf einen von ihnen anerkannten Normgeber zurückgeht. Was sich hinter dieser abstrakten Definition verbirgt, wollen wir dadurch veranschaulichen, dass wir nunmehr einen gruppensoziologischen Blick auf einige solcher Regelungskollektive werfen.

I. Einige Beispiele gruppenspezifischer Regelbildung

Als Einstieg in diesen Gliederungspunkt scheint uns der Beitrag von Uwe Schimank über Gruppen und Organisationen in dem von Hans Joas herausgegebenen Soziologie-Lehrbuch geradezu ideal zu sein (Schimank 2003). In jenem Beitrag entführt uns Schimank in die Welt des berühmten, auch von uns früher einmal gelesenen Romans *Herr der Fliegen* von William Golding (2008), in dem es um eine Gruppe von Schuljungen geht, die sich nach einem Flugzeugabsturz auf einer unbewohnten Tropeninsel wiederfinden und nun sehen müssen, wie sie mit dieser Situation umgehen; diese Ausgangslage schildert uns Schimank wie folgt:

> „Eine Gruppe sechs- bis zwölf-jähriger englischer Schuljungen ist mit ihrem Flugzeug abgestürzt. Alle Erwachsenen kommen um. Die Jungen sind, *als sie sich eine Ordnung geben* und auf Rettung sinnen, auf sich allein gestellt. Doch nicht alles funktioniert so, wie sie zuerst hoffen. […]
>
> Nach dem Absturz des Flugzeugs tauchen aus dem Dschungel als erste ein dicker, zu sehr behüteter, intellektueller Junge mit dem Spitznamen Piggy (‚Schweinchen') und ein blonder, sportlicher zwölfjähriger Junge namens Ralph auf. Piggy bringt Ralph auf die Idee, die anderen Überlebenden durch Blasen in ein großes Muschelhorn herbeizurufen. In zerrissenen Schuluniformen schlagen sich kleine Jungen durch den Dschungel zum Strand durch. Diese Jungen bilden noch keine soziale Gruppe. Sie sind zunächst einfach eine Masse von Individuen, die sich zufällig zur gleichen Zeit am gleichen Ort befinden – ganz ähnlich wie Passanten in einer Einkaufsstraße oder Passagiere im gleichen Bus. *Doch die Jungen werden bald zu einer Gruppe, indem sie interagieren, eine informelle Struktur bilden, sich auf Normen als Richtlinien ihres Verhaltens einigen und ein Wir-Gefühl entwickeln*." (Schimank 2003, S. 201)

Für diesen uns vorgeführten *Prozess der Gruppen-Werdung* ist also – und dies ist der Punkt, der uns wichtig ist – *die eigene Regelsetzung* von zentraler Bedeutung; dazu lesen wir bei Schimank Folgendes:

> „Zuerst bilden die Jungen in *Herr der Fliegen* eine harmonische Gruppe, die die aus Schule und Erwachsenenwelt vertrauten Normen übernimmt. Auf einer der ersten Versammlungen ermahnt Ralph die anderen:
>
> > ‚(…) Es geht nicht, dass alle gleichzeitig reden. Wer was sagen will, hebt die Hand, wie in der Schule (…) Dann kriegt er von mir das Muschelhorn.'
> >
> > ‚Muschelhorn?'
> >
> > ‚So heißt das Ding hier. Der Nächste kriegt jetzt die Muschel. Er kann sie halten, solange er spricht.' (…)
> >
> > Jack sprang auf.
> >
> > ‚Und Vorschriften müssen wir erlassen', rief er erregt, ,'ne ganze Menge Vorschriften.' (…).
>
> *Die Jungen einigen sich auf Regeln*, die festlegen, wo das Signalfeuer errichtet wird, wer dafür sorgt, dass es nicht ausgeht, wie Nahrung und Wasser gesammelt werden, und so weiter. *Die Annahme derlei gemeinsamer Normen trägt zum inneren Zusammenhalt einer Gruppe bei*. Die Normen schreiben den Gruppenmitgliedern vor, wie sie handeln und Gruppenziele erfüllen sollen. Verfügt eine Gruppe über Normen, kann sie einen Konformitätsdruck auf ihre Mitglieder ausüben." (Schimank 2003, S. 203 f.)

Aber die Geschichte ist damit noch nicht zu Ende; denn die Jungen erleben als gruppendynamischen Prozess einen Machtkampf zwischen dem regelbewussten Ralph und dem eher gewaltorientierten Jack, der sich im Ergebnis durchsetzt und damit *die bisherige regelbasierte Ordnung* zerstört:

> „Konsens und Konformität brechen sehr rasch zusammen. Jack, dem die Verantwortung für das Feuer übertragen wurde, lockt die Feuerhüter von ihrer Aufgabe weg, damit sie ihm bei der Jagd auf Wildschweine helfen können. Auch den Bau ihrer Schlafhütten und das Sammeln von Nahrungsmitteln und Trinkwasser beginnen die Jungen zu vernachlässigen. Schon bald wird ihr geordnetes Leben ziel- und planlos. Jack setzt sich auf seine aggressive und tyrannische Art immer mehr durch. *An die Stelle von regelbasierter Konformität und Konsens tritt die Kontrolle durch Gewalt*. In einer Szene, die diesen Übergang markiert, stellt Jack die Gruppennorm, dass nur der reden darf, der die Muschel hat, in Frage:
>
> > Piggy hockte in einem Winkel zwischen zwei Felsen, mit dem Muschelhorn auf den Knien (…)
> >
> > ‚Ich hab die Muschel!' rief Piggy aufgebracht.
> >
> > ‚Ich bin jetzt dran!'
> >
> > ‚Hier oben auf dem Berg gilt die Muschel nicht', sagte Jack, ‚halt gefälligst die Klappe!' (…)
> >
> > ‚Ich hab die Muschel – !'
> >
> > Jack drehte sich wütend um ‚Halt's Maul!' (…)

Diese Drohung mit Gewalt verfehlt ihre Wirkung nicht, weil Jack den anderen an Körperkraft überlegen ist. Später festigt er seine Herrschaft, indem er die Muschel zerstört – und damit auch den letzten Rest von Autorität, den Ralph noch besitzt. *Ohne die Muschel als Symbol des Gruppenkonsenses und der gemeinsamen Normen geht die Macht an die Speere und Steine über*.“ (Schimank 2003, S. 204)

- Das zweite Beispiel, auf das wir einen kurzen Blick werfen wollen, entnehmen wir dem Buch von Heinrich Popitz (1992) über *Phänomene der Macht*; Popitz stellt insgesamt drei *Fälle der Machtbildung innerhalb einer Gruppe* vor, nämlich Machtbildungsprozesse auf einem Schiff, in einem Gefangenenlager und in einer Erziehungsanstalt, allesamt also – wie Hartmut Esser betont – „in totalen Institutionen ohne Exit-Möglichkeiten“ (Esser 2000, S. 309). Popitz geht es um *Machtbildungsprozesse innerhalb einer Gruppe*, das heißt die Frage, wie man die Bildung der Macht der Wenigen über die Vielen hinreichend erklären kann. Uns geht es weniger um die Machtbildung, sondern allgemeiner um den *Aspekt der Ordnungsbildung* und das, was Popitz den *Ordnungswert der Ordnung* nennt; aber zunächst zu dem von uns ausgewählten Beispiel der Erziehungsanstalt. Die Geschichte beginnt wie folgt:

„Die Geschichte könnte aus der Literatur der Kadettenromane stammen oder aus irgendeinem Film über Erziehungsanstalten. In dieser Anstalt hatte man einer Gruppe von 14- bis 15jährigen Jungen, die resozialisiert werden sollten, im Vertrauen auf den Segen der Selbstverwaltung und die Heilkräfte der Kameradenerziehung ein relativ großes Eigenleben zugestanden. Organisatorisch und räumlich war die Gruppe vom übrigen Anstaltsbetrieb abgetrennt. Zu dem Zeitpunkt, der uns interessiert, hatte sich unter den insgesamt 13 Jungen ein Machtzentrum herausgebildet, von dem die Direktiven ausgingen. Zu dieser Zentrale gehörten vier Jungen. Einer dieser vier, der ‚Chef‘, war in Zweifelsfällen ausschlaggebend. Eine zweite Gruppe von drei Jungen diente als Hilfstruppe und gegebenenfalls als Einsatzkommando. Die restlichen sechs wurden nach Belieben herumkommandiert und ausgebeutet.“ (Popitz 1992, S. 216)

Diese ausgebeuteten sechs Jungen mussten Teile ihrer Brotration abgeben, die besonders unangenehmen Tätigkeiten verrichten und als Sündenböcke herhalten:

„Muckte einer der unterdrückten Jungen auf, wurden Strafen verhängt – z. B. die Schlafdecke entzogen –, in schweren Fällen trat das Einsatzkommando sofort in Aktion, im Extremfall der offenen und wiederholten Widersetzlichkeit wurde die Züchtigung in die Nacht verlegt und alle anderen gezwungen, sich zu beteiligen.“ (Popitz 1992, S. 217)

Das Interessante an der ganzen Sache ist nun, dass die Teilgruppe der unterdrückten Jungen nach einiger Zeit die existierenden Macht- und Ordnungsstrukturen als „Verfassung des Zusammenlebens“ durchaus akzeptierten:

„Es ist möglich – wir wissen es aus Erfahrungen –, daß die sechs Jungen, die ihr Morgenbrot abliefern, die unangenehmsten Arbeiten verrichten und im Zweifelsfall die Schuldigen sind, nach einiger Zeit eben *diese Ordnung*, diese Verteilung der Rechte und Pflichten als *verbindliche Verfassung des Zusammenlebens akzeptieren*; daß sie sich nicht nur fügen, sondern dienen; daß *sie die Normen* dieser Ordnung nicht nur fürchten, sondern *verinnerlichen*; daß sie nicht nur in dumpfer Gewohnheit, sondern in Bereitschaft und Gefolgschaft pflichtgemäß das Ihre tun […]“ (Popitz 1992, S. 221)

Als Erklärung dafür bietet Heinrich Popitz selbst dieser *ungerechten Gruppenverfassung* einen Effekt an, den er – in Anlehnung an den uns vertrauten Begriff der Rechtssicherheit (dazu von Arnauld 2006) – als *Ordnungssicherheit* bezeichnet; unter der Überschrift *„Der Ordnungswert der Ordnung als Basislegitimität“* führt er dazu Folgendes aus:

> „Das Machtsystem unserer Anstaltsgruppe wird anerkannt werden, wenn es über längere Zeit Ordnung bietet, genauer: *wenn Dauer und Ordnung eine für die Bewußtseinsbildung tragende Bedeutung erhalten können*. Ordnung bieten, das soll hier zunächst heißen: *Ordnungssicherheit* bieten. Ordnungssicher sind die Beteiligten, wenn sie ein sicheres Wissen haben, was sie und was andere tun dürfen und tun müssen; wenn sie eine Gewißheit entwickeln können, daß sich alle Beteiligten mit einiger Verläßlichkeit auch wirklich so verhalten, wie es von ihnen erwartet wird; wenn sie *damit rechnen können, daß* Übertretungen in der Regel bestraft werden; wenn sie voraussehen können, was man tun muß, um Vorteile zu erringen, Anerkennung zu finden. *Man muß mit einem Wort wissen, woran man ist*. Ordnungssicherheit in diesem Sinn kann sich nun offensichtlich auch in einem despotischen Regime entwickeln. Sie ist mit Unterdrückung und Ausbeutung ausgezeichnet vereinbar. Der Kredit kräftiger, omnipräsenter Machtzentren pflegt ja gerade darauf zu beruhen, daß sie ‚Ordnung geschaffen‘ haben und Ordnung halten.“ (Popitz 1992, S. 223)

- Unser drittes Beispiel verdanken wir einem Beitrag des Entwicklungssoziologen Dieter Neubert, der in Räumen begrenzter Staatlichkeit wie etwa Krisengebieten in Afrika von ihm so genannte „islands of order“ ausgemacht hat (Neubert 2009, S. 35 ff.). Solche „islands of order“ sind etwa große, und auf längere Dauer angelegte *Flüchtlingslager*, die von dem UNHCR verwaltet werden, was im Klartext meint, dass die Flüchtlingshilfsorganisation der Vereinten Nationen in diesen Lagern in „Koproduktion“ mit den Flüchtlingen selbst die „öffentliche Ordnung“ gewährleistet und die dafür erforderlichen Regeln aufstellt; bei Neubert heißt es dazu in sehr anschaulicher Weise wie folgt:

> „Humanitarian aid and refugee organisations often are active in areas of weak state presence or where the state is actually absent. Usually, they come in when the state is no longer able to take care of its citizens, displaced persons or refugees. Especially in the case of displaced persons and refugees, aid organisations set up special camps. Usually, they need permission from the government, but aid organisations run the camps by themselves. In most cases, the camps are used for months at least – sometimes, however, for years. Refugee camps and sometimes also camps for internally displaced persons are under the authority of the UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees). *The UNHCR regulates life government-like in the camps*. This includes all questions of security, jurisdiction, political functions including *setting the rules for self-representation of the inhabitants*, and service provision like the care for basic needs (food, water, housing, medical treatment, sanitation, schools etc.). Functions of service delivery may partly or completely be delegated to NGOs. With these functions UNCHR and its co-operating partners *gain far-reaching authority, which makes them the main standard setters in these camps*. In many cases, aid *organisations* put some participatory structures in place for representation of camp-dwellers. These spokespeople may or may not be elected. However, aid organisations have space for taking their own decisions and for making their rules. (Neubert 2009, S. 47)

Auf diese Weise wird die Flüchtlingsorganisation als Organisator und „Betreiber“ des jeweiligen Lagers notgedrungen zu einem *autoritativen nicht-staatlichen Regelsetzer*:

> *„Under these circumstances aid organisations acquire a quasi-state function*. This is not intended and it puts an extra burden on their work. But their ability to provide for basic needs, the need to organise the

> day-to-day life in the camp and the need to decide who gets support under what conditions, put them in this powerful position. […] *aid organisations establish a new order, which includes a set of norms and regulations*. The norms themselves draw from human rights regulations and from practical needs and experience." (Neubert 2009, S. 47)

Zusammenfassend können wir also feststellen, dass soziale Gruppen ganz unterschiedlicher Art interne Regelsysteme ausbilden, die das Zusammenleben der Gruppenmitglieder und das Verhalten der Gruppe nach außen bestimmen. Es ist dem Menschen offenbar natürlich, sich zusammen mit anderem eine normative Ordnung zu geben und sich dieser dann auch weitestgehend zu unterwerfen. Diese Veranlagung des Menschen zur Regelsetzung und -akzeptanz soll uns im Folgenden beschäftigen.

II. Im Gehäuse der Zugehörigkeit: Normative Ordnungen und Gruppenzugehörigkeit

Unter dieser schönen Überschrift, die wir der gleichnamigen Arbeit von Agathe Bienfait (2006) entlehnt haben, wollen wir zunächst der Frage nachgehen, inwiefern soziale Gruppen als „Gehäuse von Zugehörigkeit" fungieren, Gehäuse, zu deren Architektur und Statik in der Regel eine normative Ordnung gehört, die den Gruppenmitgliedern Orientierung gibt und gleichzeitig eine Abgrenzung gegenüber konkurrierenden Fremdgruppen ermöglicht. Auf diese unseres Erachtens zentrale *Doppelfunktion jeder Gruppenordnung* – Verfestigung nach innen, Abgrenzung nach außen – werden wir im Verlaufe dieses Buches noch häufiger stoßen, so etwa im Schlusskapitel, in dem es um Governance-Kollektive als Gerechtigkeitsgemeinschaften geht.

Im Verlaufe dieses Kapitels wird klar werden, warum in jeder sozialen Gemeinschaft mehr oder weniger spontan Normen und Normensysteme entstehen, warum sie dem *homo sapiens* natürlich sind und welche Funktionen sie im menschlichen Zusammenleben erfüllen. Führt man sich vor Augen, dass sich jede Gemeinschaft offenbar notwendigerweise ein Regelungssystem gibt, so wird evident, warum es in einer Gesellschaft mit unterschiedlichen Ebenen der Vergemeinschaftung immer auch eine Pluralität von Normenordnungen geben muss. Dem wollen wir jetzt nachgehen.

1. Die evolutionsbiologische Perspektive oder die soziale Eroberung der Erde

Der berühmte Ameisenforscher und Evolutionsbiologe Edward Osborn Wilson hat in seinem Buch *Die soziale Eroberung der Erde* (2013) diesen Prozess in ebenso faszinierender wie einleuchtender Weise beschrieben. Jene soziale Eroberung der Erde kann – und deswegen hat uns dieses Buch so beeindruckt – als ein *Prozess der Gruppenselektion* beschrieben werden: Der maßgebliche Bezugspunkt der Evolution ist nicht das Individuum oder die Verwandtschaft, sondern *die soziale Gruppe*.

Soziale Gruppen als entscheidende Einheiten der Evolution der Menschheit anzusehen, ist besonders plausibel, wenn dargelegt werden kann, dass *Gruppenbildung Vorteile* bringt. Wilson geht davon aus, dass insbesondere die Entwicklung des *homo sapiens* vom Nomaden zum sesshaften Jäger und Sammler *Gruppenarbeit und soziale Intelligenz* zum entscheidenden evolutionären Vorteil machte:

> „Fleischfresser, die sich an Lagerstätten aufhalten, weisen Verhaltensweisen auf, die umherwandernde Individuen nicht benötigen. Sie müssen die Arbeit teilen: Die einen Sammeln und jagen Futter, die anderen bewachen das Lager und den Nachwuchs. Sie müssen Nahrung, und zwar pflanzliche wie tierische, so teilen, dass es für alle akzeptabel ist: Sonst würden die Bindungen, die sie zusammenhalten, geschwächt. Außerdem konkurrieren die Gruppenmitglieder unausweichlich miteinander – um einen Status, der ihnen einen größeren Futteranteil sichert, um den Zugang zu einem möglichen Geschlechtspartner und um einen bequemen Schlafplatz. All diese Faktoren verleihen denen einen Vorteil, die die Absichten der anderen erkennen, sich besser Vertrauen und Zusammenhalt verschaffen und mit Rivalen gut umgehen können. Soziale Intelligenz hatte daher immer eine hohe Priorität. Ein geschärfter Sinn für Empathie kann alles verändern, denn er befähigt dazu zu manipulieren, Kooperation zu erwirken oder auch zu betrügen. Um es so einfach wie möglich zu sagen: Soziale Gewitztheit lohnt sich. Ganz zweifellos konnte eine Gruppe kluger Vormenschen eine Gruppe plumper, ignoranter Vormenschen besiegen und vertreiben, so wie es heute bei Armeen, Firmen und Fußballmannschaften der Fall ist." (Wilson 2013, S. 59)

Wenn sich dies aber alles so verhält, kann die These Wilsons nicht überraschen, dass als die zentrale Antriebskraft in der Evolution der Menschheit die *Gruppenselektion* angesehen werden muss:

> „Welche Triebkraft führte zur Schwelle der komplexen Kultur? Offensichtlich war es die Gruppenselektion. Eine Gruppe, deren Mitglieder Absichten verstehen und miteinander kooperieren konnten und außerdem in der Lage waren, die Handlungen der konkurrierenden Gruppen abzusehen, hätte einen außerordentlichen Vorsprung vor Gruppen gehabt, die darin weniger begabt waren. Zweifellos bestand Wettbewerb zwischen den Gruppenmitgliedern und führte zur natürlichen Selektion von Merkmalen, die einem Individuum einen Vorteil über ein anderes gab. Wichtiger für eine Art, die unter sich verändernden Umweltbedingungen mit mächtigen Rivalen konkurrierte, waren aber Zusammenhalt und Kooperation innerhalb der Gruppe. Moralität, Konformität, Religiosität und Kampffähigkeit in Kombination mit Vorstellungskraft und Gedächtnis kürten schließlich den Sieger." (Wilson 2013, S. 268)

Wilsons Argumentation mündet schließlich – und damit sind wir beim Thema „Entstehung normativer Ordnungen" angelangt – in die These ein, dass die Gruppenselektion tendenziell die *Herausbildung von Moral und gemeinwohlorientiertem Verhalten* begünstige, eine These, die er uns wie folgt nahezubringen sucht:

> „Das Dilemma zwischen Gut und Böse beruht auf der Multi-Level-Selektion, bei der Individualselektion und Gruppenselektion gleichzeitig, aber großteils in entgegengesetzter Richtung auf das Individuum einwirken. Zur *Individualselektion* kommt es im Überlebens- und Fortpflanzungswettkampf zwischen den Mitgliedern derselben Gruppe. Sie formt bei jedem Mitglied Instinkte heraus, die gegenüber den anderen Mitgliedern *grundlegend egoistisch* sind. Die *Gruppenselektion* dagegen ergibt sich aus dem Wettkampf zwischen Gesellschaften. Sowohl durch direkten Konflikt als auch durch verschieden hohe Kompetenz bei der Nutzung der Umwelt. Die Gruppenselektion formt Instinkte her-

aus, *die Individuen tendenziell zu Altruisten machen* (allerdings nicht gegenüber Mitgliedern anderer Gruppen). […]

Genau definiert, ergibt sich Individualselektion aus dem unterschiedlichen Überlebens und Fortpflanzungserfolg von Individuen im Wettkampf mit anderen Gruppenmitgliedern. Gruppenselektion ist der unterschiedliche Überlebens- und Fortpflanzungserfolg der Gene, die für die Merkmale der Interaktionen zwischen Gruppenmitgliedern codieren; wirksam wird sie im Wettkampf mit anderen Gruppen. […]

Echter Altruismus beruht auf einem biologischen Instinkt für das *Allgemeinwohl des Stammes*, der über Gruppenselektion entwickelt wurde, weil Gruppen aus Altruisten in vorgeschichtlicher Zeit Gruppen von Individuen in egoistischer Unordnung überlegen waren. *Unsere Art ist kein Homo oeconomicus*." (Wilson 2013, S. 289 ff.)

2. Moral und Ehre als Garanten der Normbefolgung

Wenn Verhaltenskodizees von Gruppenmitgliedern internalisiert werden, so sichert dies ihre Befolgung auch in Extremsituationen. Denn äußere Anreize zu Kooperation – wie soziale Anerkennung oder die Drohung mit Strafen bei Übertretungen – können versagen, wenn es um Leben und Tod geht oder keine soziale Kontrolle möglich ist. Moralische Regeln und Ehrvorstellungen dagegen empfindet das Individuum als unbedingte Gebote, die es nur um den Preis des Konflikts mit dem eigenen Selbstbild übertreten kann.

- Ein Beispiel für die Wirksamkeit der Internalisierung moralischer Gebote ist die soldatische Ehre, die heute wie auch schon in der Frühzeit der Menschheitsgeschichte die Verteidigung der eigenen Gruppe sicherstellte. Bezogen auf die heutige Zeit stellt Anthony Appiah dazu fest:

„Betrachten wir den militärischen Ehrenkodex. Er wendet sich an Menschen als Soldaten (oder Marines oder Offiziere – da gibt es eine Vielzahl einschlägiger Identitäten) und, wie wir wissen, natürlich auch als Amerikaner oder Briten oder Pakistanis. Zwar mögen Soldaten Scham oder Stolz empfinden, wenn ihr Regiment oder ihre Kompanie versagt oder besondere Leistungen erbringt, aber entscheidend ist es für sie doch, dass sie selbst sich an den militärischen Ehrenkodex halten.

Hier stellt sich natürlich die Frage, wozu man in diesem Fall Ehre braucht. Schließlich. könnten wir uns auch vorstellen, das Recht zur Richtschnur des Handelns in den Armeen zu machen, zumal die militärische Disziplin zahlreiche Formen von Bestrafung einsetzt. Und Söldner lassen sich durch Geld motivieren; Warum reichen diese üblichen Formen der sozialen Regulierung Markt und Recht bei einer Armee nicht aus, obwohl sie doch bei vielen anderen staatlichen Funktionen wie der Verwaltung der Autobahnen ihren Zweck erfüllen? Zunächst einmal bedürfen die beiden anderen Regulierungssysteme der Überwachung. Wenn wir in der Lage sein sollen, jemandem eine Prämie zu zahlen oder ihn für einen Verstoß zu bestrafen, müssen wir herausfinden, was der Betreffende getan hat. Doch gerade auf dem Höhepunkt der Schlacht ist das Schlachtfeld in dichten Nebel gehüllt. Wenn es einem Soldaten nur darauf ankommt, eine Prämie zu ergattern oder dem Militärgefängnis zu entgehen, hätte er genau dann, wenn es am dringendsten nötig wäre, keinen Anreiz, sich ordentlich zu verhalten. Natürlich könnten wir einige Anstrengungen unternehmen, um sein Verhalten – zum Beispiel auf elektronischem Wege – zu überwachen. Doch das wäre neben hohen finanziellen auch mit psychologischen und moralischen Kosten verbunden. Die Ehre, die im Ehrgefühl des einzelnen Soldaten (und seiner Kameraden) gründet, entfaltet auch ohne intensive Kontrolle ihre Wirkung, und

anders als bei einem Rechtssystem oder auf einem Markt kümmern sich alle unmittelbar Beteiligten und alle Mitglieder der betreffenden Ehrenwelt von sich aus um die Einhaltung der Normen, sodass die Überwachungskosten bei der Ehre sehr niedrig liegen und wir uns, […], keine Sorgen um die Frage zu machen brauchen, wer über die Wächter wacht." (Appiah 2011, S. 208 f.)

- Auch wenn Gemeinschaftsnormen in Form von moralischen Geboten verinnerlich werden, so müssen sie sich doch jedes Mal wieder gegen den dem Menschen ebenfalls naturgegebenen Egoismus durchsetzen. Welcher Trieb obsiegt, hängt ganz von der jeweiligen Situation ab, wie Bruno S. Frey, David A. Savage, Sascha L. Schmidt und Benno Torgler eindrucksvoll am Verhalten von Menschen bei Schiffskatastrophen untersucht haben. Dabei wurden als Referenzfälle der Untergang der Titanic und der von einem deutschen U-Boot 1915 versenkten Lusitania herangezogen (Frey et al. 2011). Aus der Perspektive der *behaviorial economics* wird von ihnen untersucht, welche Bedeutung dabei physische Stärke und finanzielle Macht einerseits und soziale Normen andererseits für das Überleben hatten. Beide Schiffskatastrophen weisen viele Ähnlichkeiten, aber auch einen offenbar ganz entscheidenden Unterschied auf; Frey et al. geben dazu die folgenden Informationen:

  „Zugleich weisen die Umstände und Bedingungen, unter denen die letzte Fahrt der Titanic wie der Lusitania stattfand, viele Gemeinsamkeiten auf. Beide Schiffe überquerten den Atlantik und ihre Passagiere stellen einen Querschnitt der west- und mitteleuropäischen sowie US-amerikanischen Bevölkerung dar. Die Passagiere beider Schiffe waren in drei Klassen unterteilt – vom Multimillionär bis zum mittellosen Auswanderer. Dazu kommt, dass auf beiden Schiffen zu wenige Rettungsboote vorhanden waren. Da sich die Unglücksfälle innerhalb von 3 Jahren ereigneten, kann auch davon ausgegangen werden, dass das Verhalten von Passagieren und Besatzungen beider Schiffe von demselben gesellschaftlichen Normen- und Wertegefüge geprägt war. […]

  Den verfügbaren Daten zufolge gibt es zwischen beiden Schiffsunglücken nur einen grundlegenden Unterschied: Während die Lusitania innerhalb von nur 18 Minuten sank, vergingen bei der Titanic zwischen der Kollision mit dem Eisberg und dem vollständigen Untergang 2 Stunden und 40 Minuten." (Frey et al. 2011, S. 240 f.)

  Das Ergebnis ihres Vergleichs ist eindeutig. Während sich bei dem raschen Untergang der Lusitania die Stärksten durchsetzten – Stichwort: „survival of the fittest" – ging es bei dem langsamen Sterben der Titanic „zivilisierter" zu:

  „Diese Einschätzung findet sich insbesondere in Berichten über das Unglück der Titanic. Es sind keine Szenen überliefert, in denen Passagiere mit roher Gewalt um die wenigen Plätze in den Rettungsbooten gekämpft hätten. Stattdessen ist oft von an Bord zurückbleibenden Ehemännern die Rede, die ihre Frauen und Kinder in die Rettungsboote setzen, und von Musikern, die den Todgeweihten ein letztes Ständchen spielen." (Frey et al. 2011, S. 243)

  Bei der Suche nach einer Erklärung für die unterschiedlichen Verläufe beider Untergänge heben die Autoren hervor, dass im Falle der Titanic ganz offenbar *eine soziale Norm des Inhalts „Frauen und Kinder zuerst"* wirksam war, eine Norm, die zwar nirgendwo als Rechtspflicht normiert ist, aber den männlichen Passagieren der Titanic durchaus präsent war:

„Eine der wesentlichen sozialen Normen in lebensbedrohlichen Situationen besteht darin, dass Frauen und Kinder zuerst gerettet werden. Interessanterweise besteht kein internationales Seefahrtsgesetz, welches vorschreibt, dass Frauen und Kinder zuerst gerettet werden müssen. Dennoch folgen humanitäre Organisationen Regelungen, in Notfällen Verwundete, Frauen, Kinder und Ältere zuerst zu evakuieren. So fordert die Genfer Konvention speziellen Schutz für schwangere Frauen und Mütter von jüngeren Kindern (s. Carpenter 2003)." (Frey et al. 2011, S. 244)

Dass aber diese soziale Norm auf der Titanic überhaupt zur Entfaltung kommen konnte, lag ganz offensichtlich an der im Vergleich zur Lusitania langen Untergangszeit, die es den Menschen ermöglichte, ihre erste natürliche Reaktion „Rette sich, wer kann" zu überwinden und einem verinnerlichten *Verhaltensmuster ritterlicher Männlichkeit* Platz einzuräumen; zusammenfassend heißt es dazu bei Frey et al. wie folgt:

„Vergleicht man die empirischen Ergebnisse der beiden analysierten Schiffsunglücke, fällt auf, dass die Chance des Überlebens auf beiden Schiffen zwar insgesamt gleich hoch war, aber von unterschiedlichen Faktoren abhing. Während auf der Titanic offensichtlich soziale Normen, wie die bevorzugte Rettung von Frauen und Kindern, Bestand hatten, dominierte auf der Lusitania physische Stärke. Eine plausible Erklärung für diesen großen Unterschied dürfte in der deutlich *unterschiedlichen Dauer des Sinkvorgangs* der beiden Schiffe zu suchen sein. […]

In existenzbedrohenden Situationen ist davon auszugehen, dass zunächst instinktives Verhalten das Handeln der Menschen bestimmt. Menschen reagieren in solchen Situationen instinktiv mit dem Trieb zur Selbsterhaltung […], was eine unmittelbare Kampf- oder -Flucht Reaktion auslöst. Diese Phase kann mehrere Minuten dauern […]. Sobald sie sich erschöpft hat, verändert sich individuelles Verhalten aufgrund von Selbsterkenntnis und komplexen sozialen Interaktionen […]. Dieser Zusammenhang könnte eine Erklärung für die Unterschiede im Verhalten der Menschen zwischen der Titanic und Lusitania sein. Das relativ langsame Sinken der Titanic erlaubte eine gewisse ‚*Abkühlungsphase*'. Durch die weitaus größere Zeitspanne bekamen soziale Normen wie ‚Frauen und Kinder zuerst' höhere Relevanz für das menschliche Verhalten an Bord. Im Vergleich zur Lusitania verzichten die durch ihre physische Kraft dominierenden Personen an Bord der Titanic offenbar auf einen Teil ihres Wettbewerbsvorteils. Dies erscheint insbesondere für Männer zuzutreffen, die einen *Schutzmechanismus insbesondere für Frauen* aktivierten […]." (Frey et al. 2011, S. 248)

Nach diesem uns von Vertretern der *behavioral economics* präsentierten interessanten Beispiel des Verhaltens von Menschen in einer Extremsituation wie dem Schiffsuntergang, wollen wir uns noch einmal der gemeinschaftsbildenden Wirkmächtigkeit von Ehrenkodizees zuwenden, ein Phänomen, auf das wir im Verlauf dieses Buches noch wiederholt zurückkommen werden.

- Duelle hatten im 18. und 19. Jahrhundert Hochkonjunktur. Sie wurden von Angehörigen der höheren gesellschaftlichen Klassen ausgetragen, um Ehrstreitigkeiten zu entscheiden. Eine moralpsychologische Perspektive auf das Duell verdanken wir dem spannenden Buch von Kwame Anthony Appiah mit dem Titel *Eine Frage der Ehre* (2011), zu dessen Beginn er die Frage aufwirft, warum die Ehre überhaupt ein ihn interessierendes Thema ist; die Antwort passt haargenau in unseren Diskussionszusammenhang und soll daher an dieser Stelle wiedergegeben werden:

> „Ich habe einen beträchtlichen Teil meines beruflichen Lebens auf den Versuch verwandt, meine Philosophenkollegen auf die theoretische und praktische Bedeutung von Dingen aufmerksam zu machen, denen sie möglicherweise zu wenig Beachtung schenken: Rasse und ethnische Zugehörigkeit, Geschlecht und Sexualität, Nationalität und Religion – *die vielfältigen Identitäten, die unser Leben ausmachen*. Wie sich zeigt, ist auch die Ehre ein wesentliches Thema, das von der neuzeitlichen Philosophie vernachlässigt worden ist. Und *wesentlich ist die Ehre unter anderem deshalb, weil sie uns wie die soziale Identität miteinander verbindet*. Der Blick auf die Ehre kann uns wie die Beachtung der Bedeutung sozialer Identitäten dabei helfen, andere so zu behandeln, wie es sich gehört, und zugleich das Beste aus unserem eigenen Leben zu machen." (Appiah 2011, S. 13)

Durch einen gemeinsamen Ehrbegriff können gesellschaftliche Gruppen daher Gemeinschaft stiften und sich nach außen abgrenzen. Das Duell als Teil einen Kodex für Ehrenmänner diente daher auch der Distinktion von anderen sozialen Schichten. Dies beweist auch sein Niedergang, der einsetzte, als es genau diese Distinktionsfunktion nicht mehr erfüllen konnte. Als Propheten des Untergangs der Duellpraxis bringt Appiah Francis Bacon in Stellung und führt dazu Folgendes aus:

> „Francis Bacon nahm die Mechanismen, die den Niedergang des Duells bewirkten, schon zu einer Zeit vorweg, als das neuzeitliche Duell noch in seinen Anfängen steckte. In seiner Rede ‚Charge Touching Duels' erklärte er dem Gericht:
>
> > ‚Ich denke (my Lords), dass Männer von Geblüt und Rang diese Praxis aufgeben werden, wenn sie erst von so gemeinen Leuten wie Barbieren, Feldscheren und ähnlich niedrigen Handarbeitern übernommen wird.'
>
> Duelle waren eine Sache der Ehre. Sie *basierten auf der Existenz einer mächtigen Klasse, deren Mitglieder ihren sozialen Rang demonstrieren konnten*, indem sie an einer gesetzwidrigen Praxis festhielten, wie dies anderen Gruppen nicht möglich gewesen wäre. Es war ein weiteres Zeichen für den schwindenden Status dieser Klasse, dass in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts immer häufiger Duelle zwischen Männern ausgetragen wurden, die, wenn sie denn überhaupt Gentlemen waren, diesen Status durch ihre Zugehörigkeit zur Gruppe der freien Berufe oder durch geschäftliche Erfolge erlangt hatten. Als erst ‚niedere Handarbeiter' auf den Gedanken kommen konnten, sich zu duellieren, hatte das Duell die Fähigkeit verloren, eine herausragende Stellung zu signalisieren." (Appiah 2011, S. 63)

Wie man hieraus lernen kann, geht eine Normenordnung unter, wenn sie ihre soziale Funktion verloren haben. Indem sich die gesellschaftliche Oberschicht nicht mehr durch Duelle von den Massen unterscheiden konnte, ließ sie diese Praxis fallen, Damit auch für die restliche Bevölkerung weniger interessant, kamen Duelle ab Mitte des 19. Jahrhunderts mehr und mehr aus der Mode.

3. Die gesellschaftstheoretische Perspektive oder wieviel Gemeinschaft braucht der Mensch?

Schon in einem 1997 publizierten Beitrag hatte uns die Frage umgetrieben, wie es eigentlich mit dem „Platz des organisierten Menschen in der Demokratietheorie" bestellt ist; diesem mit der Überschrift „Assoziative Demokratie" versehenen Beitrag (Schuppert 1997) lag die Annahme zugrunde, dass dem Menschen ein – übrigens in Deutschland verfas-

sungsrechtlich geschütztes (Art. 9 GG) – Assoziationsgen eigen ist, das von Alexis de Tocqueville in seiner berühmten Abhandlung *Über die Demokratie in Amerika* als ein typisch amerikanisches Gen identifiziert worden ist:

> „Die Amerikaner jeden Alters, jeden Standes, jeder Geistesrichtung schließen sich fortwährend zusammen. Sie haben nicht nur kaufmännische und gewerbliche Vereine, denen alle angehören, sie haben auch noch unzählige andere Arten: religiöse, sittliche, ernste, oberflächliche, sehr allgemeine und sehr besondere, gewaltige und ganz kleine; die Amerikaner tun sich zusammen, um Feste zu geben, Seminarien zu begründen, Gasthöfe zu bauen, Kirchen zu errichten, Bücher zu verbreiten, Missionare zu den Antipoden zu entsenden; sie errichten auf diese Weise Spitäler, Gefängnisse, Schulen. Handelt es sich schließlich darum, eine Wahrheit zu verkünden oder ein Gefühl mit Hilfe eines großen Beispiels zu fördern, so gründen sie Vereinigungen. Überall, wo man in Frankreich die Regierung und in England einen großen Herrn an der Spitze eines neuen Unternehmens sieht, wird man in den Vereinigten Staaten mit Bestimmtheit eine Vereinigung finden." (Tocqueville 1985, S. 160)

Und die „Erfinder" des Begriffs der „Politischen Kultur" – Gabriel A. Almond und Sidney Verba – gehen gar so weit, das Assoziationswesen zum Lebenselixier des demokratischen Staates zu erklären: „The existence of voluntary association increases the democratic potential of society" (Almond und Verba 1965, S. 262).

Entsprechend sind größere Gesellschaften von einer Vielzahl unterschiedlichster, vorwiegend freiwilliger Vereinigungen durchwoben, die Individuen jeweils bereichsspezifisch verbinden. Jenseits des Staates existiert damit eine durch mehr oder weniger verbindliche Personenverbände strukturierte *Zivilgesellschaft*, die von Jürgen Habermas zutreffend als *Assoziationsgesellschaft* charakterisiert worden ist:

> „Ihren institutionellen Kern bilden […] jene nicht staatlichen und nicht ökonomischen Zusammenschlüsse und Assoziationen auf freiwilliger Basis, die die Kommunikationsstrukturen der Öffentlichkeit in der Gesellschaftskomponente der Lebenswelt verankern. Die Zivilgesellschaft setzt sich aus jenen mehr oder weniger spontan entstandenen Vereinigungen, Organisationen und Bewegungen zusammen, welche die Resonanz, die die gesellschaftlichen Problemlagen in den privaten Lebensbereichen finden, aufnehmen, kondensieren und lautverstärkend an die politische Öffentlichkeit weiterleiten. Den Kern der Zivilgesellschaft bildet ein Assoziationswesen, das problemlösende Diskurse zu Fragen allgemeinen Interesses im Rahmen veranstalteter Öffentlichkeiten institutionalisiert." (Habermas 1992, S. 442 f.)

Diese sozialen Gemeinschaften integrieren sich und grenzen sich nach außen ab, indem sie – wie bereits dargestellt – eigene Normensysteme ausbilden. Michael Haus stellt dazu in seinem Überblick über kommunitaristische Gesellschaftstheorien Folgendes fest:

> „[Gemeinschaften sind] Interaktionszusammenhänge, in denen eine vergleichsweise dichte Form der gegenseitigen Verpflichtung unter den Mitgliedern möglich ist. Gemeinschaften bieten dafür gemeinsame Praktiken, Symbole und Normen. Zum anderen stellen sie gleichsam das historische Ergebnis solcher Akte wechselseitiger Verpflichtung dar.
>
> Gemeinschaften als Foren oder Arenen der Interpretation geteilter Verpflichtungen. Moralische Verpflichtungen müssen artikuliert und dialogisch interpretiert werden. Zum einen können Gemeinschaften als handlungsfähige Organisationen moralische Überzeugungen wirkmächtig artikulieren, zum anderen lassen sich die moralischen Anforderungen meist nicht losgelöst von den gemeinschaftlichen Praktiken interpretieren, innerhalb der sie generiert worden sind. Aber auch wenn die morali-

> schen Prinzipien der Gemeinschaft deren eigene Grenzen transzendieren (etwa im Hinblick auf die Universalität der Menschenwürde) sind Gemeinschaften die Foren, in denen universalistische Lernprozesse in Gang gesetzt werden, indem etwa Begegnungen mit anderen Gemeinschaften in eine kohärente Sprache der Moral übersetzt werden.“ (Haus 2003, S. 109)

Soziale Gruppen sind also – so können wir zusammenfassen – auch in modernen Gesellschaften die Orte, an denen gemeinsame Normen und moralische Überzeugungen hervorgebracht und praktiziert werden. Und da Gesellschaften als Assoziationsgesellschaften zugleich Regelungskollektive sind, bringen sie eine Vielzahl paralleler Normenordnungen hervor.

III. Eine gruppensoziologische Zwischenbilanz

Wir haben gesehen, *wie eng Gruppenbildung und Regelbildung miteinander zusammenhängen.* Das Bestehen sozialer Beziehungen innerhalb einer Gruppe von Menschen ist dabei Voraussetzung für die Entstehung von Regelsystemen. Soziale Gruppen selbst entstehen nur dort, wo Menschen miteinander kommunizieren. Uwe Schimank, der in seinem Beitrag „Gruppen und Organisationen“ vier zentrale Eigenschaften einer sozialen Gruppe identifiziert hat, stellt dazu fest: „Individuen, die nicht miteinander kommunizieren […] bilden eine amorphe Masse, keine soziale Gruppe“ (2003, S. 201 f.).

Die Kommunikationsbeziehungen zwischen den Gruppenmitgliedern ermöglichen die – nach der Schimank'schen Zählung – zweite Eigenschaft sozialer Gruppen, die *Herausbildung bestimmter Rollen ihrer Mitglieder*. Dieser Aspekt ist uns deshalb wichtig, weil mit der Wahrnehmung mehrerer Rollen durch eine einzelne Person in der Regel auch die *Zugehörigkeit zu mehreren normativen Ordnungen* verbunden ist, ein Sachverhalt, auf den wir später noch einmal zu sprechen kommen werden; zu diesem Rollenaspekt heißt es bei Schimank wie folgt:

> „Zweitens sind *strukturierte Interaktionen* zwischen den Gruppenmitgliedern für eine soziale Gruppe kennzeichnend. Individuen in einer Gruppe verkehren miteinander nicht plan- oder wahllos. *Jedes Individuum hat typischerweise einen bestimmten Status inne und übernimmt eine bestimmte Rolle*. Diese Statuspositionen und Rollen werden nicht offiziell geschaffen, wie dies in formalen Organisationen geschieht. Vielmehr entwickeln sie sich meist informell und werden neu ausgehandelt, wenn die Individuen ihre Lage überdenken und sich auf soziale Interaktionen einlassen. Dennoch sind die Beziehungen in einer Gruppe in irgendeiner Form strukturiert.“ (Schimank 2003, S. 201 f.)

Besonders wichtig aber ist die dritte, nämlich *regelsetzende Eigenschaft sozialer Gruppen*, zu der Uwe Schimank Folgendes angemerkt hat:

> „Drittens ist die *Einigung auf gemeinsame Normen, Ziele und Werte* für eine soziale Gruppe wesentlich. Eine Ansammlung von Individuen mit widerstreitenden Zielen bildet kaum eine Gruppe. Als die überlebenden Jungen [in *Herr der* Fliegen, G. F. S.] zu Beginn erkennen, wie notwendig Regeln sind und wie wichtig die Rettung für sie ist, haben sie mehr von einer Gruppe an sich als später, wenn dieser Konsens immer mehr zerbröselt. *Normen, Ziele und Werte einer Gruppe brauchen nicht ausdrücklich*

> *formuliert zu sein*; oft gelten sie stillschweigend, oder man hält sie für selbstverständlich. Gleichwohl können auch stillschweigende Vereinbarungen Gruppen stark binden.“ (Schimank 2003, S. 202)

Welchen Inhalt solche Normensysteme haben und auf welche Arten sie zustandekommen können, setzt uns der bereits zitierte Dieter Neubert auseinander, diesmal in einem anders akzentuierten Beitrag, in dem es ganz zentral um den *Zusammenhang von sozialer Ordnung und Regelsetzung* geht (Neubert 2012). Er definiert dort den *Begriff der sozialen Ordnung* und betont dabei die zentrale Bedeutung von Regeln:

> „Eine soziale Ordnung organisiert das Zusammenleben einer größeren Gruppe von Menschen über einen längeren Zeitraum hinweg. Eine soziale Ordnung
>
> – setzt Normen und Werte, die erlaubtes und verbotenes Verhalten begründen und damit Regeln des Zusammenlebens bestimmen,
>
> – beinhaltet Regeln für die Verfügung über und den Austausch von materiellen Gütern,
>
> – umfasst Vorstellungen von Autorität und Folgebereitschaft
>
> – sowie Regeln und Instanzen zur Konfliktschlichtung.
>
> – beansprucht Geltung für einen bestimmten sozialen bzw. physischen Raum,
>
> – und impliziert in einem gewissen Rahmen zeitliche Stabilität.“ (Neubert 2012, S. 535)

In einem zweiten Schritt wirft Neubert einen Blick auf die *Arten der Regelsetzung*, innerhalb derer er vorschlägt, die folgenden drei Typen zu unterscheiden:

> „Es gibt ein Spektrum unterschiedlicher Wege, wichtige Regeln des Zusammenlebens zu formulieren und durchzusetzen, die hier vereinfacht in drei Formen gefasst werden:
>
> – Regelsetzung kann erstens durch kodifizierte Gesetze erfolgen. Diese können dabei entweder durch formale Verfahren und Bezugnahme auf rechtsstaatliche Vorstellungen zustande kommen oder willkürlich von mächtigen Akteuren oktroyiert sein.
>
> – Regelsetzung kann zweitens ohne feste Kodifizierung erfolgen: Die Formulierung kann entweder durch mächtige Akteure willkürlich erfolgen oder das Ergebnis von Aushandlungsprozessen sein.
>
> – Regelsetzung kann drittens indirekt und informell durch Handeln erfolgen. Ein Beispiel ist der Gebrauch von Gewalt durch Gewaltunternehmer, Terroristen, Rebellen oder politische Aktivisten. Wiederkehrende Angriffe und der Gebrauch von Gewalt können die Wahrnehmung und Bewertung von Gewalt grundlegend verändern. Insbesondere dann, wenn die Verantwortlichen für gewalttätige Übergriffe weder verfolgt noch bestraft werden, kann eine Kultur der Gewalttätigkeit mit der Veralltäglichung von Gewalt entstehen.“ (Neubert 2012, S. 535)

Damit kommt er zu einem weiten, offenen Ordnungsbegriff:

> „*Dieser Ordnungsbegriff ist bewusst offen gefasst* und weder über seine normativen Inhalte, noch über die Formen der Regelbildung oder die Herstellung von Legitimität bestimmt. Es geht darum zunächst möglichst offen für verschiedene Formen der Generierung von Ordnung zu sein und *diese Ordnung nicht sofort an normativen Vorgaben zu messen und zu bewerten*. Eine Ordnung wird dann wirksam, wenn sie machtvoll durchgesetzt wird bzw. ein Konsens über deren Einhaltung besteht, der auch umgesetzt wird, oder wenn das Handeln innerhalb der sozialen Gruppe sich de facto an dieser Ordnung orientiert.

> Wirksame Ordnungen bieten zunächst die Möglichkeit der Zugehörigkeit und bieten damit auch Anerkennung, darüber hinaus schaffen sie *Räume der Vorhersehbarkeit*, wie dies Georg Elwert genannt hat […]. Räume der Vorhersehbarkeit bieten die Möglichkeit geplant zu handeln, in dem Sinn, dass Reaktionen und Folgen des Handelns kalkulierbar werden. Damit schaffen sie zugleich die Gewissheit, die ein normales Alltagsleben erlaubt.“ (Neubert 2012, S. 535 f.)

IV. Ein regelungswissenschaftlicher Zwischenruf

Wenn wir die bisherigen Überlegungen und Befunde noch einmal Revue passieren lassen, dann fällt auf, dass kaum von Recht, wenig von Normen, aber häufig von *Regeln* die Rede ist. Es geht eigentlich immer um *Ordnungsbildung und Konfliktaustragung durch und nach Regeln*. Dies hat einmal den Vorteil, dass die Qualifikationsfrage – handelt es sich um „richtiges Recht“ oder um weniger bindungskräftige Sozialnormen – an dieser Stelle noch offenbleiben kann, zum anderen wird damit dem Befund Rechnung getragen, dass es offenbar verschiedene normative Ordnungen gibt – von dem informalen Verhaltenscode einer Gruppe bis zu rechtsverbindlichen oder rechtsähnlichen Statuten. Diese Beobachtungen legen es nahe, von vorzeitigen kategorialen Festlegungen abzusehen und einen breiten Analyseansatz zu wählen, für den wir im Einleitungskapitel den Begriff des „Weitwinkelobjektivs“ vorgeschlagen haben; zudem haben wir – wie ebenfalls bereits dort näher dargelegt – angeregt, für diesen breiten Ansatz den Begriff der *Regelungswissenschaft* zu verwenden (Schuppert 2011c), um auf diese Weise nach Parallelen und Unterschieden bei unterschiedlichen normativen Ordnungen fragen zu können. Wir fühlen uns durch die bisherigen Ergebnisse unserer Überlegungen in diesem Ansatz bestätigt und werden ihn daher im Verlauf dieses Buches auch weiter verfolgen.

Des Weiteren fällt auf, dass jeder Einzelne durch die Mehrzahl der von ihm ausgefüllten Rollen – etwa als Staatsbürger, Christ und Arzt – gleichzeitig mehreren Ordnungs- beziehungsweise Regelungskollektiven angehört, wir es also – wie Andreas Anter (2004) es ausgedrückt hat – mit einer *„Pluralität der Ordnungen“* zu tun haben; Anter erläutert uns dieses Pluralitätsproblem anhand des von uns schon aufgegriffenen Beispiels des Ehrenduells, das sich bei Max Weber findet und das er wie folgt aufbereitet hat:

> „Was bedeutet nun die Pluralität der Ordnungen für Max Weber? Das Problem war für ihn insofern von besonderer Relevanz, als das ‚Handeln der Einzelnen subjektiv sinnhaft sehr wohl an mehreren Ordnungen orientiert sein kann, welche einander nach den jeweils konventionellen Denkgepflogenheiten sinnhaft „widersprechen“, dennoch aber nebeneinander empirisch „gelten“‘ können. Genau dies ist der Kern des Problems. Weber illustriert diesen Fall anhand des Duells. *Während die geltende Rechtsordnung das Duell verbiete, werde es indes von gewissen gesellschaftlichen Konventionen gefordert*. Der Duellant orientiere sich also an diesen ‚konventionellen Ordnungen‘, aber indem er sein Tun verheimliche, orientiere er sich zugleich an den ‚Ordnungen der Gesetze‘. Die praktischen Auswirkungen beider Ordnungen seien in diesem Fall also völlig verschieden. Hier handelt es sich um zwei höchst ungleiche Ordnungen: *die Gebote des Staates auf der einen Seite und die Forderungen der Ehre auf der anderen*. Weber sprach hier aus eigener Erfahrung: Was er in nüchternen Worten beschrieb, war für ihn eine existentielle Angelegenheit, die ihn auch persönlich tangierte, denn er gab sich wiederholt und demonstrativ als Duell-Anhänger zu erkennen.“ (Anter 2004, S. 89)

Dieses Weber'sche Beispiel ist an dieser Stelle auch deswegen interessant, weil in ihm zwei sehr unterschiedliche normative Ordnungen miteinander kollidieren: Auf der einen Seite „gesatztes" staatliches Recht, auf der anderen Seite informale Verhaltensregeln einer bestimmten sozialen Schicht der Gesellschaft; es geht also nicht nur um eine schlichte „Pluralität der Ordnungen", sondern um eine beachtliche Bandbreite von Regeln völlig unterschiedlichen Charakters. Auch insoweit scheint uns der Ansatz einer Regelungswissenschaft angemessen zu sein.

V. Was wir daher unter normativen Ordnungen verstehen

Dies zu erklären, wird uns durch den von Rainer Forst und Klaus Günther herausgegebenen Band mit dem Titel *Die Herausbildung normativer Ordnungen* (Forst und Günther 2011a) erheblich erleichtert. In ihrem Einleitungsbeitrag „Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms" haben die Herausgeber ihre Vorstellung von normativen Ordnungen in einer Art und Weise erläutert, die für uns unmittelbar anschlussfähig ist und die uns geradezu dazu einlädt, ihre Kernelemente für unsere weiteren Überlegungen fruchtbar zu machen (Forst und Günther 2011b). Wenn wir recht sehen, sind diese Kernelemente die folgenden drei:

- *Normative Ordnungen sind – worauf wir schon im Einleitungskapitell kurz eingegangen sind – Rechtfertigungsordnungen*, das heißt sie sind rechtsfertigungsbedürftig, um – wie wir es formulieren würden – bestehende oder neu geschaffene Governance-Strukturen zu legitimieren; Forst und Günther formulieren dieses erste Kernelement wie folgt:

  > „‚Normen' sind, in einer allgemeinen Bestimmung, praktische Gründe für Handlungen, die den Anspruch erheben, verbindlich zu sein, und die ihre Adressaten entsprechend dazu verpflichten, sich diesen Grund als ein Handlungsmotiv zu eigen zu machen. ‚Normativität' ist eine Art der Bindung ohne Fessel – also ein intelligibles Phänomen des Sichgebundensehens durch Gründe für bestimmtes Verhalten. […] Anders als naturgesetzlich wirksame Determinanten oder unbewusste Verhaltensprogramme ist Normativität ein bewusster Mechanismus der generalisierten Verhaltenssteuerung, der auf eine – wie auch immer motivierte – Anerkennung und Übernahme durch Personen angewiesen ist. Das Maß an ‚Bewusstheit' ist dabei unterschiedlich zu bestimmen. Normativität unterscheidet sich von Zwang oder Gewalt als einer unmittelbar auf die Person einwirkenden, ihre Autonomie durchbrechenden Nötigung. Gerade weil Normen weder in der einen noch in der anderen Weise durch die Person hindurch greifen und ihr Verhalten unmittelbar steuern, sondern auf einen Prozess der Aneignung und Reflexion angewiesen sind, werden sie oftmals mit der latenten oder expliziten Androhung von Zwang und Gewalt für den Fall ihrer Missachtung kombiniert. Die Furcht vor Sanktionen kann so zu einem zusätzlichen, vielleicht bestimmenden Motiv für die Aneignung eines Handlungsgrundes werden. Von der bloßen willkürlichen Nötigung durch Zwangsandrohung unterscheiden sich Normen (man denke an die berühmte Frage von Augustin bis H. L. A. Hart: ‚*Was unterscheidet eine Räuberbande von einer Rechtsordnung?*') allerdings dadurch, dass *sie ihre bindende Kraft aus einer Rechtfertigung beziehen – sei es die Autorisierung derjenigen Personen oder Institutionen, die eine Norm für verbindlich erklären, seien es diskursive Verfahren oder die identitätsstiftenden Traditionen und Konventionen einer bestimmten Lebensform*." (Forst und Günther 2011b, S. 16)

- Als Vehikel der rechtfertigenden Legitimierung dienen – wie Forst und Günther es zutreffend formulieren – *Rechtfertigungsnarrative*, ein Begriff, von dem im Einleitungskapitel ebenfalls schon die Rede war, der aber wegen seiner zentralen Bedeutung hier noch einmal eingeführt werden soll:

  „Überwiegend sind Normen und *ihre Rechtfertigungen in Narrative eingebettet*, in jene historisch und lokal geprägten, durch die jeweiligen Erfahrungsräume und Erwartungshorizonte der Beteiligten bestimmten Erzählungen, Handlungen oder Rituale, welche die rechtfertigenden Gründe einer normativen Ordnung wie eine Tatsache erscheinen lassen, *einen Sachverhalt, dessen Existenz man hinnimmt, aber nicht in Frage stellt*. Über solche Narrative sind normative Ordnungen so eng mit der Lebenswelt der Beteiligten, mit dem jeweils öffentlich thematisierbaren Ausschnitt des Wissens von der objektiven, subjektiven und sozialen Welt verwoben, dass ihr konstruktiver, von diskursiv bestreitbaren Gründen bestimmter Charakter kaum noch wahrgenommen wird. *Eine explizite Thematisierung des Geltungsanspruchs erscheint dann als Infragestellung einer ganzen Lebensform mit dem Risiko des kollektiven Identitätsverlustes*.“ (Forst und Günther 2011b, S. 18)

  Auf solche Rechtfertigungsnarrative werden wir im Folgenden häufig stoßen, und zwar schon im nachfolgenden Gliederungspunkt, in dem es unter anderem um den Ehrenkodex des Offiziersstandes geht und die vielfältigen zu seiner Rechtfertigung bemühten Narrative. Da wir ja im weiteren Verlauf noch ausführlicher auf die normativen Ordnungen von Religionsgemeinschaften zu sprechen kommen werden, wollen wir aber schon an dieser Stelle den zentralen Begriff des *Offenbarungsnarrativs* ins Spiel bringen; Forst und Günther haben dafür ein gutes Gespür, wenn sie dazu das Folgende anmerken:

  „In *Narrative* eingefasst – insbesondere in solche, *die religiöser Natur sind* (Gottesgnadentum versus Naturrechte et cetera), auf politische Errungenschaften wie Revolutionen oder Siege (etwa in Befreiungskriegen) oder aber auch auf die Aufarbeitung eines vergangenen kollektiven Unrechts (wie bei den Menschheitsverbrechen des zwanzigsten Jahrhunderts) zurückgehen – *haben normative Ordnungen eine besondere Bindungskraft und Autorität*; sie erhalten historische Dignität und zugleich emotionale Identifikationskraft. Im Extrem generieren sie Ideen historischer Missionen; sie schaffen Bindungen durch geschichtliche Anknüpfung an erfolgreiche Projekte oder zukünftige Aufgaben. ‚*Große*‘ *Legitimationserzählungen* – im Anschluss an Lyotard könnte man von ‚Metanarrativen‘ sprechen – *sind solche, die sich etwa auf religiöse Wahrheiten berufen*, wobei diese – siehe die neuzeitlichen Konflikte darum, welche Rechte Individuen von Gott gegeben wurden – selbst Gegenstand erheblicher Konflikte sind.“ (Forst und Günther 2011b, S. 19)

- Das dritte Kernelement besteht in der Einsicht, dass normative Ordnungen nicht mit Rechtsordnungen identisch sind, sondern aus einem Geflecht von Normen unterschiedlichen Charakters und unterschiedlicher Herkunft bestehen können und in der Regel auch bestehen:

  „*Schließlich bestehen normative Ordnungen nicht aus nur einer bestimmten Sorte von Normen, wie zum Beispiel Rechtsnormen*. Als expliziter und bewusster Mechanismus der generalisierten Verhaltenssteuerung und -koordination findet sich Normativität in vielen verschiedenen Bereichen einer gesellschaftlichen Praxis, die insgesamt als Praxis der Rechtfertigung gesehen werden kann – für die Orientierung der individuellen Lebensführung ebenso wie für die interpersonale Regelung von Handlungskonflikten, für den Nomos einer durch ihre kollektive Identität bestimmten Gemeinschaft ebenso wie für global

> regelungsbedürftige Konflikte, für das religiöse Ritual ebenso wie für die Prozedur einer politischen Meinungs- und Willensbildung. Von normativer Ordnung sprechen wir nicht zuletzt deshalb, weil es sich dabei stets um *ein Geflecht von rechtlichen, ökonomischen, moralischen, ethischen und pragmatischen, kulturellen, religiösen und weltdeutungsrelevanten Normen* (beziehungsweise Werten) sowie sozialen Konventionen, ausgehandelten Kompromissen und habitualisierten Lebensformen handelt. Dieses Geflecht ist in einigen Bereichen relativ dicht (wie zum Beispiel bei den Menschenrechten), in anderen eher locker gewebt, löchrig oder zerrissen und entfaltet damit weitere ‚normproduzierende' Dynamiken. Damit ist zugleich der zentrale kommunikative, praktisch-performative Aspekt von Normen und Werten angesprochen: In Kommunikationsakten produziert und ausgehandelt, eingeübt und verstetigt, werden sie auch kommunikativ negiert und aufgehoben." (Forst und Günther 2011b, S. 20)

Diesem Kernelement können wir nur aus vollem Herzen zustimmen; diese Einsicht, dass normative Ordnung nicht gleich Rechtsordnung meint, hat uns bei dem zusammen mit Matthias Kötter herausgegebenen Band bewogen, nicht von *legal pluralism* zu sprechen, sondern von *normativer Pluralität*, die es zu ordnen gilt (Kötter und Schuppert 2009).

Nachdem wir nunmehr eine gewisse Vorstellung davon haben, was normative Ordnungen sind, sollten wir uns einige davon näher ansehen. Dabei streben wir keine enzyklopädische Vollständigkeit an und möchten auch vermeiden, die „üblichen Verdächtigen" allzu sehr zu strapazieren; vielmehr haben wir einige Beispiele ausgewählt, die uns spannend und lehrreich zugleich erscheinen.

B. Governance-Kollektive und ihre normativen Ordnungen – Ein Streifzug

I. Regelungskollektive als Governance-Kollektive

Wie wir gesehen haben, geben sich soziale Gruppen normative Ordnungen, um ihre inneren Angelegenheiten zu regeln und sich zugleich nach außen abzugrenzen. Als Produzenten von Regelungsregimen sind sie also Regelungs- und damit Governance-Kollektive: Denn nach der „Erfolgsdefinition" von Renate Mayntz (2005) meint Govenance das „Gesamt aller nebeneinander bestehenden Formen der *kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte*, von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstregelung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure". Durch normative Ordnungen strukturierte soziale Gruppen sind damit immer auch Governance-Kollektive.

Untersucht man nun normative Ordnungen, so erscheint es uns sinnvoll, sie danach zu unterscheiden, von welcher Form von Governance-Kollektiv sie getragen werden. In einem ersten Zugriff drängt es sich geradezu auf, von zwei hauptsächlichen Konstituierungskriterien auszugehen, nämlich von einem das Kollektiv bestimmenden Territorium sowie ei-

nem das Kollektiv ausmachenden Personenverband. Beginnen wir mit einem kurzen Blick auf die territorial bestimmten Kollektive:

II. Normative Ordnungen territorialer Governance-Kollektive

1. Unterschiedliche Formen territorialer Governance-Kollektive

Der nach wie vor wichtigste Fall eines territorial bestimmten Governance-Kollektivs ist der Staat. *Staatsgewalt ist territoriale Herrschaftsgewalt* und daher zugleich räumlich begründet wie begrenzt. Territorial definiert sind auch die Untergliederungen des Staates wie die Gemeinden, Regionen und Bundesstaaten sowie letztlich auch – wie man am Beispiel des Schengener Raumes studieren kann – Staatenverbünde, wie immer man sie staatsrechtlich näher definieren mag.

Wenn von territorialen Governance-Kollektiven die Rede ist, handelt es sich allerdings in der Regel um vertypte Territorien, also um Governance-Probleme, die regelmäßig in bestimmten Typen von Territorien auftreten. Dies ist etwa der Sinn der Redeweise von „local governance“, „metropolitan governance“, „regional governance“ oder auch „european governance“ (zu dieser üblichen Einteilung siehe etwa Benz 2004; 2007). Der Territorialbezug dieser Governance-Einteilungen wird sprachlich dadurch etwas relativiert, dass – was sich offenbar fast durchweg eingebürgert hat – von *Governance-Ebenen* gesprochen wird – von „local“ zu „global governance“ – und dass der europäische Governance-Raum (die EU) vor allem unter dem Gesichtspunkt der „multilevel-governance“ behandelt und analysiert wird.

Um diese verschiedenen territorialen Governance-Ebenen und ihre jeweiligen Normenordnungen geht es uns aber hier nicht; vielmehr wollen wir einen näheren Blick auf die „frühen Städte“ werfen, die durch eine interessante Verbindung von territorialen und personalen Elementen gekennzeichnet sind.

2. Die normative Ordnung städtischer Vergemeinschaftung: Das Stadtrecht

a) Die Stadt als Rechtsgemeinschaft

Mit einem Blick auf das Recht der Städte wollen wir unseren Streifzug durch die unterschiedlichsten Governance-Kollektive und ihren normativen Ordnungen einläuten und damit Governance-Kollektive betrachten, die eine interessante Besonderheit aufweisen. Viele Städte sind – wie etwa die zahlreichen zur Blütezeit der Hanse im Ostseeraum entstandenen Städte zeigen – *gegründete Städte*, das heißt es handelt sich nicht einfach um expandierte Dörfer, sondern um absichtsvoll errichtete städtische Gemeinschaften, die sich zugleich *als Rechtsgemeinschaften* konstituierten. Diese Besonderheit ist insbesondere von Harold J. Berman wie folgt herausgearbeitet worden:

„*Die neuen europäischen Städte* des 11. und 12. Jahrhunderts waren auch juristische Vereinigungen in dem Sinne, daß jede von *einem gemeinsamen städtischen Rechtsbewußtsein* und eigenständigen städtischen Rechtsinstitutionen zusammengehalten wurde. Die meisten europäischen Städte entstanden ja durch einen Rechtsakt, gewöhnlich eine Privilegienurkunde; sie *entstanden nicht einfach, sondern wurden gegründet*. Und fast immer verkündete die Gründungsurkunde die Grund-‚Freiheiten' der Bürger, zu denen gewöhnlich wesentliche Selbstverwaltungsrechte gehörten. Natürlich war der Rechtscharakter der neuen europäischen Städte eng mit ihrem religiösen Charakter verknüpft. Die Freiheitsurkunden wurden mit religiösen Eiden bekräftigt, und die Eide, die bei Amtswechseln immer wieder erneuert wurden, enthielten allem voran die Verpflichtung, die Stadtgrenze hochzuhalten." (Berman 1991, S. 569)

In diesem gemeinsamen städtischen Rechtsbewusstsein sieht Harold J. Berman gerade das Besondere, das den Typus der europäischen Stadt eigentlich ausmacht:

„Ohne ein städtisches Rechtsbewußtsein und ein System des Stadtrechts kann man sich kaum vorstellen, daß die europäischen Städte überhaupt entstanden wären. Doch auch wenn im Westen große, dichtbevölkerte Handels- und Gewerbezentren ohne eine Verankerung im Stadtrecht irgendwie hätten entstehen können, so wären sie vielleicht wie die antiken römischen Städte nur Verwaltungs- und Militär-Außenposten einer (oder mehrerer) zentralen Gewalten gewesen, oder wie die islamischen Städte nur große Dörfer ohne einen eigenen, unabhängigen Charakter als Städte, ohne ein autonomes und integriertes städtisches Gemeinschaftsleben, oder vielleicht noch etwas anderes; aber sie wären keine Städte im modernen westlichen Sinne gewesen. Es hätten ihnen die selbstbewußte körperschaftliche Einheit und die Fähigkeit zur organischen Entwicklung gefehlt, der die westliche Stadt ihre Unverwechselbarkeit verdankt." (Berman 1991, S. 570)

Wenn man auf die Besonderheit abstellt, dass viele Städte neu gegründete oder zur Stadt erhobene Siedlungen waren, also eine Form der Vergemeinschaftung darstellten, mit der sie sich vor allem auch *als Rechtsgemeinschaft konstituierten*, dann kann es nicht überraschen, wenn Berman bei der Darstellung der *Haupteigenschaften des Stadtrechts* an erster Stelle seinen *Gemeinschaftscharakter* hervorhebt; dazu schreibt er Folgendes:

„Von größter Bedeutung im System des Stadtrechts ist sein Gemeinschaftscharakter. *Das Stadtrecht war das Recht der engverbundenen, integrierten Gemeinschaft* – die ja auch oft als ‚Kommune' bezeichnet wurde. *Die Gemeinschaft wiederum beruhte auf einem ausdrücklichen oder unausdrücklichen Bund*. Viele Städte wurden durch einen feierlichen kollektiven Eid oder Eide gegründet, womit sich die gesamte Bürgerschaft verpflichtete, sich an eine ihr verlesene Charta zu halten. Diese war in gewissem Sinne ein Gesellschaftsvertrag; sie muß sogar eine der geschichtlichen Hauptquellen der modernen Vertragstheorie der Regierungsgewalt gewesen sein. Die Stadturkunden waren natürlich keine Verträge im modernen Sinne eines ausgehandelten Austauschs zwischen zwei Parteien, wonach jede Partei ganz bestimmte Handlungen innerhalb eines gegebenen Zeitabschnitts verspricht. Die *Annahme einer Stadtcharta* war vielmehr die Zustimmung zu einer dauernden Beziehung. Wie der Lehensvertrag oder der Ehevertrag *war sie die Einwilligung zum Eintritt in eine Rechtsstellung*, also eine Beziehung, deren Bedingungen gesetzlich festgelegt sind und von den Beteiligten nicht geändert werden können. Bei einer Stadtgründung war die Rechtsstellung die einer *Körperschaft (universitas) nach der herrschenden Theorie des römischen und kanonischen Rechts*, wonach eine Körperschaft ein Zusammenschluß von Personen mit gemeinsamen juristischen Funktionen ist, die als eine juristische Person handeln. In gewissem Sinne war also *die Verkündung und Annahme der Stadtcharta* alles andere als ein Vertrag, sondern eine Art Sakrament; sie *symbolisierte und bewirkte die Bildung der Gemeinschaft und die Einsetzung ihres Rechts*." (Berman 1991, S. 611 f.)

b) *Die Pluralität der Stadtrechte als Ausdruck der Pluralität des Rechts*

Ein zweiter Punkt liegt uns besonders am Herzen; gemeint ist der Sachverhalt, dass es eine Vielzahl von Stadtrechten gab, die zum Teil miteinander konkurrierten und bei der weiteren Gründung neuer Städte quasi exportiert wurden. Wir haben es also – und um diesen Befund geht es uns – nicht nur mit einer *Pluralität der Stadtrechte* zu tun, sondern zugleich mit einer *Pluralität weltlicher, einander zum Teil überlappender Rechtskreise*; auch für diesen Befund wollen wir – zugleich zum Abschluss dieses Gliederungspunktes – Berman in den Zeugenstand bitten:

> „Der weltliche Charakter des Stadtrechts zeigte sich darin, daß *jede Stadt ihre eigene Form des Stadtrechts* hatte, und ferner darin, daß das Stadtrecht nur eine von mehreren Formen des weltlichen Rechts neben Königs-, Feudal-, Guts- und Handelsrecht war. Das Nebeneinanderbestehen verschiedener Arten des weltlichen Rechts war untrennbar mit seiner Weltlichkeit verbunden. Kein einzelnes System des weltlichen Rechts beanspruchte, die ganze weltliche Jurisdiktion zu umfassen. *Jedes war ein spezielles lokales System, das einen Teil des Lebens der seiner Jurisdiktion Unterstellten regelte*. Auch das unterscheidet das Recht der europäischen Städte des 11. und 12. Jahrhunderts und später vom Recht der Städte des antiken Griechenlands und römischen Kaiserreichs. Die griechische Stadt war das einzige Gemeinwesen, dem ihre Bürger Loyalität schuldeten, und ihr Recht war das einzige, dem sie unterworfen waren. Die römische Stadt hatte kein eigenes Recht; der römische Bürger war allein dem römischen Recht unterworfen, der Nichtbürger allein dem ius gentium, dem Völker-Recht. Das Recht der westlichen Christenheit hatte die einmalige Eigenschaft, *daß der einzelne unter einer Mehrzahl von Rechtssystemen lebte*, deren jedes für eine der einander überschneidenden Untergemeinschaften galt, zu denen er gehörte." (Berman 1991, S. 614 f.)

III. Normative Ordnungen personaler Governance-Kollektive

Wenn im Folgenden von personal bestimmten Governance-Kollektiven die Rede ist, so meinen wir damit nicht die Nation, die mit dem Begriff des territorial definierten Nationalstaates untrennbar verbunden ist, sondern *nicht-staatliche Personenverbände*, die aber gleichwohl zum Teil ausgesprochen herrschaftsintensive Governance-Kollektive darstellen. Orientiert an den *die Mitgliedschaft* in den jeweiligen Personenverband *vermittelnden Kriterien* schlagen wir an dieser Stelle – gewissermaßen in einem ersten typisierenden Zugriff – vor, drei Typen solcher nicht-staatlicher Governance-Kollektive und ihrer Normenordnungen zu unterscheiden: ethnische, religiöse und berufsständische Governance-Kollektive.

1. Ethnische Governance-Kollektive und ihre Normenordnungen – Das Beispiel des Stammesrechts

Ethnisch bestimmte Governance-Kollektive spielen gerade auch als Regelungskollektive mit eigenen Streitschlichtungsverfahren – Stichwort „*judicial pluralism*" – nach wie vor eine wichtige Rolle, und zwar insbesondere in den Entwicklungs- und Schwellenländern in Afrika, Mittel- und Südamerika sowie in Asien. Das Recht sogenannter indigener Völker hat insbesondere das Interesse von Rechtsethnologen, Rechtsanthropologen und auch von

Rechtssoziologen gefunden, die darüber unter dem Stichwort „*legal pluralism*" (Benda-Beckmann 1994) intensiv geforscht haben, ein Stichwort, zu dessen Karriere Klaus F. Röhl und Hans-Christian Röhl in ihrer *Allgemeinen Rechtslehre* Folgendes notiert haben:

> „Rechtssoziologen kennen sich aus bei den Nuern und den Tobriandern, bei den Kapauku-Papuas und bei den Hopi-Indianern. Bereits vor dem zweiten Weltkrieg hatten Anthropologen begonnen, das Recht einfacher Stammesgesellschaften zu beschreiben. Zunächst ging es darum, wie in Gesellschaften ohne staatliche Zentralmacht soziale Ordnung entsteht und erhalten bleibt. Nach dem 2. Weltkrieg sind Forscher in alle Welt ausgeschwärmt, um die Reste traditionaler Stammesgesellschaften zu untersuchen. Ihre Aufmerksamkeit galt vor allem den postkolonialen Staaten in Afrika und Asien. So entstanden viele Beschreibungen von traditionalen Rechten, die sich mehr oder weniger unabhängig von den Zentralisierungsbemühungen der Kolonialmächte gehalten hatten. Diese Beschreibungen waren – durchaus verständlich – von einem antikolonialistischen Enthusiasmus getragen. Das Zusammenspiel von traditionalen Rechten und staatlichem Recht wurde vor allem als power relation, also als Machtbeziehung, analysiert." (Röhl und Röhl 2008, S. 208)

Wir selbst haben uns für das *Phänomen „normativer Pluralität"* bisher vor allem als Problem von Räumen begrenzter Staatlichkeit interessiert (näher dazu Kötter und Schuppert 2009), und zwar insbesondere *für das Verhältnis ethnisch fundierter Governance-Kollektive zum Governance-Kollektiv des Territorialstaates*, ein Verhältnis, das unter zwei Gesichtspunkten ein hohes Spannungspotential aufweist: einmal kann es sich so verhalten, dass das Siedlungsgebiet eines Stammes – wie etwa bei den Paschtunen – sich über mehrere Staaten erstreckt (Pakistan, Afghanistan), zum anderen finden sich – und dies ist durchaus häufig der Fall – auf einem Staatsgebiet verschiedene Ethnien, die um die Macht im Staat und vor allem seine Ressourcen (Staat als Beute) miteinander konkurrieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welches Kollektiv eigentlich das maßgebliche Governance-Kollektiv ist, der Stamm und seine traditionalen Governance-Strukturen oder die „institutionellen Angebote" moderner Staatlichkeit. Verschiedene Beobachtungen geben zu der Vermutung Anlass, dass die traditionalen Governance-Strukturen insbesondere unter dem zentralen Gesichtspunkt einer überkommenen und eingeübten Konfliktkultur hierbei die Nase vorn haben.

- In einem Bericht von Jan Köhler und Christoph Zürcher (2008) über die Rolle der unterschiedlichen Governance-Akteure in Afghanistan und ihre Wahrnehmung durch die Bevölkerung findet sich auch ein Abschnitt mit der Überschrift „Wie die Befragten den Staat sehen", in dem es zur Nutzung der verschiedenen institutionellen Angebote zur Konfliktlösung wie folgt heißt:

  > „*Die Befragten stuften auch die Kapazitäten des Staates zur Konfliktlösung als sehr niedrig ein*. Wenn sie gefragt wurden, an welche Institutionen sie sich im Falle eines Konflikts um natürliche Ressourcen als erstes wenden würden, so gaben die meisten Befragten an, dass sie sich zuerst an die Ältesten oder an die Dorf-Schura (den traditionellen Dorfrat) wenden würden. Nur 2 % würden sich als erstes an die Distriktadministration wenden. Keiner der Befragten würde sich zuerst an staatliche Stellen auf Provinzebene wenden." (Köhler und Zürcher 2008, S. 10)

- In dieselbe Richtung gehen die von Judith Yilma Mengesha für Äthiopien erhobenen Befunde. Für die Konfliktlösung besteht das „institutionelle Angebot" aus drei Einrichtungen: den im Zivilgesetzbuch von 1960 vorgesehenen Schiedsrichtern, den ab 1975 im Zuge der Landreform eingerichteten sogenannten *social courts* und dem traditionellen Ältestenrat, der allerdings keine permanente Institution darstellt, sondern dessen Mitglieder als Mediatoren für jeden Streitfall von den Parteien ausgewählt werden. Ganz offenbar wird dieser traditionellen Form der Streitschlichtung das größte Vertrauen entgegengebracht, was vielleicht plausibel wird, wenn man sich die Arbeitsweise dieser Ältestenräte (*šəmagəlle*) vor Augen führt, über die Judith Mengesha Folgendes berichtet:

> „Die Methoden und Techniken der Befragung und Vermittlung blieben dabei bis heute weitestgehend unverändert: in sich teilweise über Monate erstreckenden Sitzungen werden die Parteien bzw. deren Vertreter (beispielsweise der Vater) und deren Freunde und Verwandte einzeln und getrennt befragt. Die šəmagəlle versuchen nicht nur eine technische Lösung für den aktuellen Konflikt zu finden. Vielmehr ist das Ziel des Verfahrens, den tatsächlichen Ursachen des Streits auf den Grund zu gehen. Nur auf diese Weise, so wird angeführt, sei eine dauerhafte Lösung möglich. Die Treffen mit Parteien und šəmagəlle bieten so eine Plattform, um bisher unausgesprochene unterschwellige Konflikte zu bereinigen. Diese teilweise fast psycho-analytischen Charakter aufweisenden Sitzungen müssen daher nicht unbedingt mit einer Entscheidung enden. Die Versöhnung der verstrittenen Ehepartner oder Familien wird bereits als Erfolg gewertet. Denn, so der Grundton zahlreicher Interviews, die šəmagəlle seien ja *vor allem an der Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung und des Friedens in der Gemeinschaft interessiert*." (Mengesha 2008, S. 82 f.)

a) *Zum spannungsreichen Verhältnis zwischen lokalen und staatlichen Ordnungsmodellen: Das Beispiel Afrika südlich der Sahara*

Afrika ist wie der Rest der Welt territorialstaatlich gegliedert und formal handelt es sich durchweg um moderne Verfassungs- und Rechtsstaaten:

> „Im überwiegenden Teil der 54 afrikanischen Staaten ist der Staat nicht nur formal existent, sondern auch die bestimmende Größe in Politik, Gesellschaft und Wirtschaft, auf die sich die anderen Akteure beziehen müssen. Die Reichweite staatlicher Ordnung innerhalb des Staatsgebietes variiert allerdings deutlich zwischen den Staaten." (Neubert 2012, S. 536)

Obwohl also auch in der Staatenwelt Afrikas *das „moderne politische Modell des pluralen demokratischen liberalen Rechtsstaates"* zunehmend als das Maßstabsmodell nationalstaatlicher politischer Ordnung angesehen und auch von einem großen Teil der Bevölkerung unterstützt wird (Afrobarometer 2006, 2009), ist – wie uns Dieter Neubert (2012) kenntnisreich erläutert – die politische Realität wesentlich komplexer; so ist in weiten Teilen Afrikas südlich der Sahara die politische und gesellschaftliche Wirklichkeit gekennzeichnet durch ein *Nebeneinander und Überlappen von staatlicher und lokaler Ordnung*, wobei das Gewicht lokaler Ordnungen gerade im ländlichen Raum kaum zu überschätzen ist; bei Neu-

bert heißt es zu diesem *Koexistenz-Verhältnis* zwischen den Modellen sozialer Ordnung wie folgt:

> „Diese lokalen Ordnungen sind gleichermaßen Teil der afrikanischen Realität wie die Vorstellung des Territorialstaates und die liberal zivilgesellschaftliche Ordnung und keineswegs folkloristische Restbestände verblassender Lokalkultur […]. *Die lokalen Ordnungen und der moderne Staat können durchaus nebeneinander existieren*. Dabei agieren sie oft in mehr oder weniger getrennten Sphären und beziehen sich auf je unterschiedliche soziale und oftmals auch physische Räume, wie z. B. an der Peripherie der Staaten oder in zerfallenden Staaten.
>
> Weitaus interessanter sind die Fälle in denen sich die sozialen und physischen Räume der Ordnungen überlappen. Dies gilt für die Städte und die Regionen in denen der Staat ein Mindestmaß an Präsenz zeigt. Dort *bewegen sich Akteure gleichzeitig oder nacheinander oft in unterschiedlichen Ordnungen*. Zugleich werden lokale Ordnungen mitunter auch durch den Staat gestützt oder die Vertreter der lokalen Ordnung gewinnen ihre Bedeutung als Mittler zum Staat." (Neubert 2012, S. 538)

Es mag an dieser Stelle erwähnt werden, dass wir im Herbst 2011 Gelegenheit hatten, uns von der Richtigkeit dieser Beschreibung zu überzeugen, und zwar auf einer am Wissenschaftszentrum Berlin durchgeführten Konferenz zum Thema „Decision-Making on Pluralist Normative Ground" mit Vertretern lokaler Gerichtsbarkeiten aus Pakistan, Äthiopien, Süd-Sudan und Südafrika; einer der Teilnehmer aus der südafrikanischen Delegation berichtete dabei von seinem Leben in zwei verschiedenen Welten: in der Woche unterrichte er an einer Universität südafrikanisches Recht und gehöre in diesem Moment der Welt des Nationalstaates an, am Wochenende sei er in seinem Heimatdorf als *chief* (Häuptling) Organ der lokalen Ordnung, das heißt ihres lokalen Rechts und ihrer lokalen Streitschlichtung. *Diese Gleichzeitigkeit des Lebens in zwei Welten und zwei normativen Ordnungen* hat uns sehr und nachhaltig beeindruckt. Aber zurück zum Phänomen lokaler Ordnungen und lokalen Rechts.

aa) Zur Funktion lokaler Ordnungen

Wenn wir uns über die Funktion lokaler Ordnungen vergewissern wollen, so treten zwei Aspekte deutlich hervor, die uns deswegen wenig überraschen, weil wir über beide bereits in einem etwas anderen Zusammenhang gesprochen haben.

Der erste Aspekt ist der der *Ordnungssicherheit*, ein Begriff, den wir schon bei Andreas Anter (2004) wie bei Heinrich Popitz (1992) kennengelernt hatten. Lokale Ordnungen vermitteln – wie Neubert es formuliert – *„einschätzbare Sicherheit"*:

> „Wo *lokale Ordnungen* existieren und nicht über Gebühr bedroht werden, bieten sie Gewissheit für die Organisation des alltäglichen Lebens. Sie versprechen auch eine oftmals prekäre aber *einschätzbare Sicherheit*. Soziale Sicherheit soll durch Regelungen zur gegenseitigen Hilfe im Rahmen der sogenannten *‚traditionellen Solidarität'* gewährt werden. Diese ist für den größten Teil der afrikanischen Bevölkerung ein zentraler Bestandteil der Überlebenssicherung. Eng verbunden mit diesen lokalen politischen Strukturen sind *lokale Verteidigungsgemeinschaften* von jungen Kriegern, welche die Gruppe schützen und den Ältesten bzw. dem Chief verantwortlich sind. In gewaltsamen lokalen und regionalen Konflikten sind dies die beteiligten Kämpfer." (Neubert 2012, S. 537 f.)

Der zweite Aspekt ist uns noch vertrauter: lokale Ordnung funktioniert als *Gruppenordnung* und die *Gruppenzugehörigkeit* ist das entscheidende, auch rechtlich entscheidende Merkmal; dazu heißt es bei Dieter Neubert in sehr überzeugender Weise wie folgt:

> „Die neotraditionalen lokalen Ordnungen verankern das Individuum in einer Abstammungsgruppe und basieren zugleich auf dem sich darauf beziehenden Gefühl der festen, unabänderlichen Zugehörigkeit. Sie begründen sich auf vermeintlich immer schon dagewesene ‚traditionelle' Werte [sic!]. Nur aus der Gruppenzugehörigkeit leiten sich Rechte und Pflichten ab und zugleich steht das Wohl der Gruppe im Zentrum. Als Mitglied der Gruppe genießt das Individuum deren Schutz. Es ist dabei in ein System der normativ-spirituell abgesicherten ‚traditionellen Solidarität' eingebettet und hat Verantwortung für die Gruppe […]. Die lokalen Ordnungen sind personalisiert und differenzieren in der Rechtsprechung nach Rolle, Status und der Bedeutung für die Gruppe der Beteiligten. Sie sind somit nicht auf Gleichheit angelegt. Zudem werden die Regeln veränderten Machtverhältnissen angepasst […].
>
> Die Mitwirkung an Entscheidungen erfolgt entsprechend dieser Werte entweder im Rahmen eines Systems von aristokratischen Chiefs oder der Gerontokratie der männlichen Ältesten. In beiden Fällen ist der Zugang zu Führungsämtern nur für eine bestimmte Gruppe möglich, andere sind zunächst qua Geburt ausgeschlossen. *Die Ressourcen Arbeit und Land sind Gruppenressourcen*, über die die jeweiligen Entscheidungsträger in einem weiten Umfang verfügen können. Sie sind als *Gruppenressourcen* nicht frei handelbar, sondern unterliegen anstelle des Marktes einer sozialen Steuerung. Kapitalakkumulation ist in akephalen Gerontokratien durch Umverteilungszwänge eng begrenzt im Rahmen von Chieftancy-Systemen hingegen möglich, unterliegt aber auch dort einer gewissen Sozialbindung der Verwendung der Ressourcen." (Neubert 2012, S. 539)

bb) Landnutzungsrechte als ein zentraler Regelungsgegenstand traditionalen lokalen Rechts

Wenn – wie von Neubert beschrieben – Land als Gruppenressource verstanden wird, liegt es auf der Hand, dass das diesbezügliche Nutzungsrecht ein zentraler Regelungsgegenstand des lokalen Gruppenrechts sein muss und dass es zu Konflikten kommen wird, wenn mehrere ethnische Gruppen um diese Ressource Land konkurrieren; wie man sich dies alles vorzustellen hat, schildert uns Dieter Neubert anschaulicher Weise wie folgt:

> „Gerade umstrittene Landnutzungsrechte führen immer wieder zu heftigen und teils blutigen Konflikten. In einigen dieser Konflikte verdichten sich die Widersprüche zwischen den lokalen und den neuen liberalen Ordnungsmodellen. Die gewalttätigen Konflikte nach den kenianischen Wahlen (2007/08) waren nur zu einem Teil Proteste gegen die Manipulation der Wahlergebnisse […]. Gerade in den ländlichen Regionen des Rift Valleys, wo besonders viele Opfer zu beklagen waren, ging es auch um die Form des Landrechts. Die lokale Ordnung postuliert ein Konzept der Autochthonie, dem zufolge lokale Ressourcen exklusiv denjenigen gehören, die aus dieser Region kommen. Dieser Mikronationalismus beruft sich auf traditionell angestammte Rechte der lokal indigenen Bevölkerung. Politisch findet er seinen Ausdruck in einem Mikroföderalismus, der in seiner radikalen Interpretation den Regionen nicht nur politische Selbstbestimmung gewährt, sondern *der lokal indigenen Bevölkerung auch die Verfügung über ‚ihre' Ressourcen sichern soll*. Durch lang anhaltende Zuwanderungen (besonders von Kikuyu) in das kenianische Rift Valley wurden die auf diese Weise traditionell legitimierten Landrechte der sich als autochthon verstehenden Bevölkerung (überwiegend Kalenjin) in Frage gestellt. Bei den Wahlen Ende 2007 standen sich nun große ethnische Blöcke gegenüber. Die

> Kalenjin sahen sich der Opposition verbunden, während viele der Zuwanderer, insbesondere die Kikuyu, als Anhänger der Regierung angesehen wurden. Wegen der großen Zahl der Zuwanderer bestand die Gefahr, dass in den Wahlkreisen die autochthonen Kandidaten der Opposition unterliegen würden. Um dies zu verhindern, kam es bereits vor der Wahl zu massiven Vertreibungen der Zuwanderer mit vermutlich 600 Toten und 50.000 Vertriebenen. Damit sollte sowohl die Landfrage gelöst wie auch der politische Sieg gesichert werden. Als der allseits erwartete Sieg der Opposition ausblieb und Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Ergebnisses aufkamen, eskalierten die Konflikte zwischen ‚Autochthonen' und ‚Allochthonen' unter dem Etikett des Protests gegen die Wahlfälschung. Dies zeigt eindrucksvoll, dass *diese Vorstellungen von sozialer Ordnung direkte politische Konsequenzen haben. Sie bringen konkrete Rechtsansprüche für eine Gruppe hervor*, die mit dem auf individualistische Vorstellungen vom Staats- und Wirtschaftsbürger gründenden modernen liberalen Recht unvereinbar sind." (Neubert 2012, S. 540)

b) Von Legal Pluralism *zu* Judicial Pluralism

Dass es so etwas wie normative Pluralität nicht nur gibt, sondern dass sie vielmehr einen Normalzustand darstellt, haben wir im Verlauf der bisherigen Erörterungen schon gelernt. Was aber noch fehlt und unter dem Gesichtspunkt der Konfliktschlichtungsfunktion von Recht und seiner Durchsetzbarkeit wichtig ist, ist die Frage, ob wir auch von einer Pluralität der Justizsysteme sprechen können oder – angelsächsisch formuliert – von einem *judicial pluralism*. Das können wir in der Tat:

aa) Zur Bedeutung nichtstaatlicher, traditional-informaler Gerichtsbarkeit

Bevor wir auf die Bedeutung nicht-staatlicher Streitschlichtung zu sprechen kommen, sei noch eine kurze Bemerkung zur *Terminologie* vorausgeschickt; wir möchten es mit dem Wortgebrauch des sehr informativen Berichts des Penal Reform Project über „Access to justice in sub-Saharan Africa" halten, in dem es heißt:

> „The term *traditional justice systems* is used in this publication to refer to non-state justice systems which have existed, although not without change, since pre-colonial times and are generally found in rural areas. The term informal justice systems refers to any non-state justice system. The phrase *traditional and informal justice systems*, therefore, should be understood as meaning traditional and other informal justice systems. There is no satisfactory generic term to describe *non-traditional informal justice systems*. Such systems include what are referred to in this publication *as popular justice forums and alternative dispute resolution forums* run by nongovernmental organizations (NGOs)." (Penal Reform International 2000, S. 11)

Wir beschäftigen uns im Folgenden nicht mit den neuen Erscheinungsformen von *popular justice forums* und *alternative dispute resolution forums*, sondern mit *traditional justice systems* als dem Hauptanwendungsfall und Herzstück dessen, was heute unter dem Begriff *„informal justice"* diskutiert wird.

Was nun die Bedeutung dieser traditionellen Streitschlichtungsmechanismen angeht, die häufig auch unter dem Begriff *customary justice* firmieren, so handelt es sich hierbei nicht etwa um ein folkloristisches Randphänomen, vielmehr ist dieses Justizsystem in Afrika

südlich der Sahara – und hier vor allem in den ländlichen Gegenden – klar dominierend; in dem Bericht von Leila Chirayath, Caroline Sage und Michael Woolcock über „Customary Law and Policy Reform" heißt es dazu wie folgt:

> „In many developing countries, *customary systems operating outside of the state regime are often the dominant form of regulation and dispute resolution*, covering up to 90 % of the population in parts of Africa. In Sierra Leone, for example, approximately 85 % of the population falls under the jurisdiction of customary law, defined under the Constitution as ‚the rules of law which, by custom, are applicable to particular communities in Sierra Leone'. Customary tenure covers 75 % of land in most African countries, affecting 90 % of land transactions in countries like Mozambique and Ghana. Further, *customary justice* differs depending on the locality and local traditions, as well as the political history of a particular country or region. Ethiopia officially recognizes over 100 distinct ‚nations, nationalities, or peoples' and more than 75 languages spoken within its territorial borders, although many more exist without official recognition. In many of these countries, systems of justice seem to *operate almost completely independently of the official state system*." (Chirayath et al. 2005, S. 3)

Bemerkenswert sei, dass diese unabhängige Rolle der traditionalen Gerichtsbarkeit auch dann fortbestehe, wenn sie – wie in einigen jüngeren Verfassungen – ausdrücklich anerkannt sei und damit gewissermaßen einen „staatlichen Segen" erhalten habe:

> „Some states have tried to integrate traditional systems into wider legal and regulatory frameworks, often with little success. For example, the Constitution of Ethiopia permits the adjudication of personal and family matters by religious or customary laws and South Africa's 1996 democratic constitution explicitly recognizes customary law. Many other countries in sub-Saharan Africa have also made attempts to recognize customary tenure and customary marriage arrangements within their state laws. Efforts to recognize customary land rights have been made in countries in other regions as well, such as Latin America and South East Asia. It is important to note, however, that in countries where customary systems are formally recognized, *in practice these systems generally continue to operate independently of the state system* (and/or in uneasy tensions with prevailing religious legal traditions)." (Chirayath et al. 2005, S. 3)

Aber die große Bedeutung von *customary justice* liegt nicht nur an ihrer traditionellen Verwurzelung im ländlichen, nach Stammeszugehörigkeit gegliederten Afrika südlich der Sahara, sondern auch an den *faktischen Zugangsbarrieren zur staatlichen Justiz*; in dem schon erwähnten „Penal Reform Report" heißt es dazu wie folgt:

> „*Most proceedings are subject to considerable delays at all stages*, mainly as a result of the sheer number of cases being processed through a limited number of courts.
>
> For most of the population living in rural areas the *distance to the nearest court* may be immense.
>
> The justice administered by the state *seldom involves restorative or compensatory awards or sentences*. In this it is often out of step with the expectations of people whose view of justice is based on traditional justice models.
>
> The law and *procedure practised* in formal courts are *both unfamiliar and complicated* from the perspective of most citizens." (Penal Reform International 2000, S. 6)

In etwas generalisierender Weise wird man sagen können, dass das zudem mit zu wenig Personal ausgestattete staatliche Justizsystem für die Konfliktlösungsbedürfnisse von traditionsverwurzelten ländlichen Dorfgemeinschaften schlicht nicht „passt“:

> „The vast majority of Africans continue to live in rural villages where access to the formal state justice system is extremely limited.
>
> The *type of justice offered* by the formal courts *may be inappropriate* for the resolution of disputes between people living in rural villages or urban settlements where the breaking of individual social relationships can cause conflict within the community and affect economic co-operation on which the community depends.
>
> State justice systems in most African countries operate with an *extremely limited infrastructure* which does not have the resources to deal with minor disputes in settlements or villages.“ (Penal Reform International 2000, S. 1)

Aber es ist nicht nur das *Access-to-justice*-Problem, das die Rolle von *customary justice* in einem positiven Licht erscheinen lässt und unter anderem das „World Bank Justice for the Poor Programme“ auf den Plan gerufen hat, sondern es ist auch die wichtige Rolle, die traditionelle Streitschlichtungsmechanismen in von jahrzehntelanger Gewalt zerrütteten Gesellschaften spielen können. Diese Überlegung und Hoffnung steht ganz offenbar Pate beim „Non-State Justice-Project“ des United States Institute for Peace, in dessen Internet-Auftritt es unter der Überschrift „The Role of Non-State Justice Systems in Fostering the Rule of Law in Post-Conflict Societies“ wie folgt heißt:

> „This project aims to provide guidance to international and national policymakers on *the potential role of customary justice systems in post-conflict environments*. The project is examining such issues as the potential allocation of jurisdiction between formal and customary systems of justice, approaches to adapting customary practices that may contravene international human rights standards, possible limits and problems in the use of customary justice mechanisms, ramifications for the distribution of political and economic power, and the facilitation of dialogue and *information-sharing between formal and informal systems.*“ (United States Institute for Peace)

Nachdem wir nunmehr gelernt haben, dass es wichtig wäre – und zwar gerade aus dem Blickwinkel unseres Generalthemas „Sedimentierungen normativer Ordnungen“ – nicht nur von normativer Pluralität zu sprechen, sondern auch die Durchsetzungsdimension des *judicial pluralism* im Auge zu haben, wollen wir zum Abschluss dieses Gliederungspunktes einen kurzen vergleichenden Blick auf die hauptsächlichen Merkmale von *formal* und *informal justice* werfen.

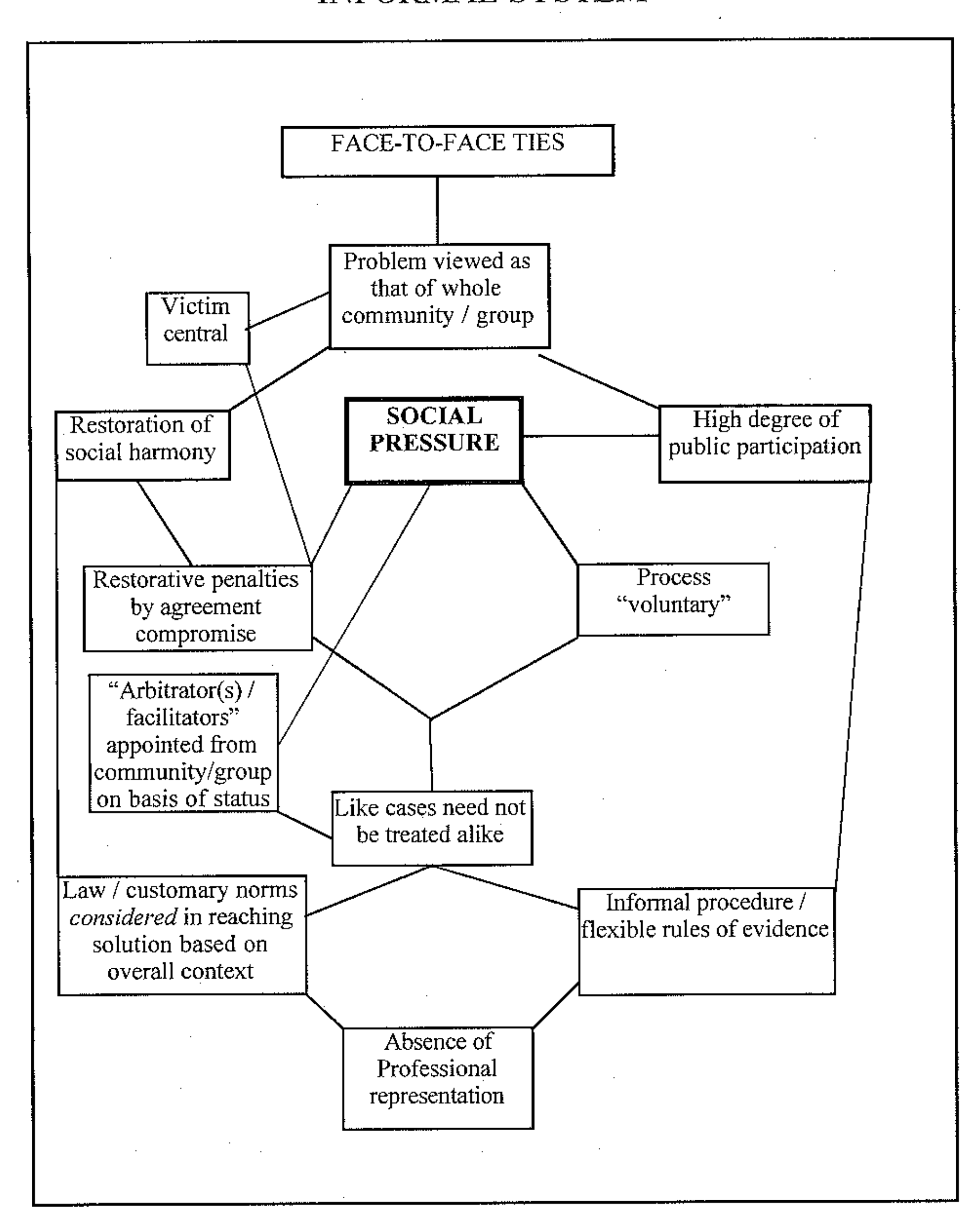
bb) *Formal* und *Informal Justice* im Vergleich

Der schon zitierte Bericht des Penal Reform Projects hat in komprimierter Form die charakteristischen Merkmale von *traditional justice systems* wie folgt zusammengefasst:

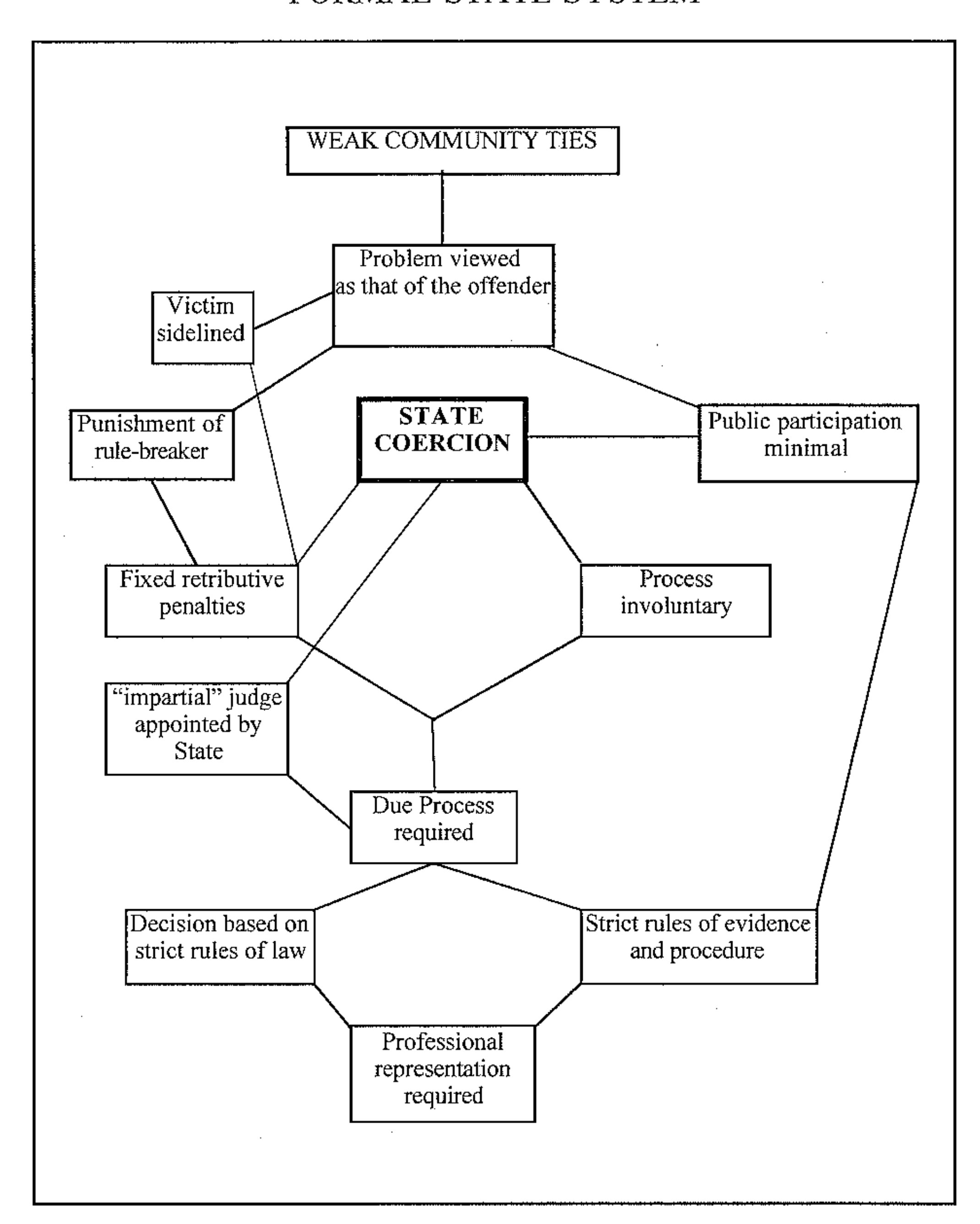
„Salient features of traditional justice systems:

- the problem is viewed as that of the whole community or group;
- an emphasis on reconciliation and restoring social harmony;
- traditional arbitrators are appointed from within the community on the basis of status or lineage;
- a high degree of public participation;
- customary law is merely one factor considered in reaching a compromise;
- the rules of evidence and procedures are flexible;
- there is no professional legal representation;
- the process is voluntary and the decision is based on agreement;
- an emphasis on restorative penalties;
- enforcement of decisions secured through social pressure;
- the decision is confirmed through rituals aiming at reintegration;
- like cases need not be treated alike.“ (Penal Reform International 2000, S. 22)

In eine grafische Darstellung übersetzt, sieht dies so aus (Penal Reform International 2000, S. 124):



Dem kann das *System der staatlichen Gerichtsbarkeit gegenüberstellen*, das in graphischer Aufbereitung wie folgt aussieht (Penal Reform International 2000, S. 123):



2. Religiös bestimmte Governance-Kollektive: Von göttlichen und kirchlichen Gesetzen

Unter religiös bestimmten Governance-Kollektiven wollen wir – der Religionssystematik Max Webers folgend (näher dazu Riesebrodt 2001) – solche religiösen Vergemeinschaftungen verstehen, die über eine gewisse organisatorische Verfestigung verfügen und deren Mitglieder für sich einen gemeinsamen Glauben und eine innere Ordnung ihres Zusammenlebens als verpflichtend empfinden; in diesem soziologischen Sinne kann man vor allen die folgenden drei Formen religiöser Vergemeinschaftung unterscheiden: Gemeinschaftskulte, Kirchen und Sekten.

- Was zunächst die *Gemeinschaftskulte* angeht, so kann man sie mit Max Weber als ersten soziologisch relevanten Typ religiöser Vergemeinschaftung ansehen; Martin Riesebrodt erläutert dies in seiner Darstellung der Weber'schen Religionssystematik wie folgt:

  > „Gemeinschaftskulte gibt es […] auf unterschiedlichen sozialen Aggregationsniveaus, die dann auch den Grad religiöser Spezialisierung bestimmen, ob etwa der Hausvater das Opfer vollzieht oder ein Priester. Gemeinschaftskulte richten sich allein an das soziale Kollektiv, befassen sich hingegen nicht mit der ‚Abwendung oder Beseitigung der Übel, die den Einzelnen' betreffen. Dafür sind die Zauberer zuständig […]." (Riesebrodt 2001, S. 106)

  Den Priester beschreibt Weber wie folgt:

  > „Den verschiedenen, niemals glatt aufgehenden, Möglichkeiten der Unterscheidung wird es für unsere Zwecke am meisten gerecht, wenn wir hier die Eingestelltheit eines gesonderten Personenkreises auf den regelmäßigen, an bestimmte Normen, Orte und Zeiten gebundenen und auf bestimmte Verbände bezogenen Kultusbetrieb als wesentliches Merkmal festhalten." (Weber 1980, S. 260)

- Was den Vergemeinschaftungstypus „*Kirche*" angeht, so wird er von Max Weber in Parallele zum Staat als anstaltlicher Herrschaftsverband konzeptualisiert. Beim Staat wie bei der Kirche handle es sich um „autoritäre Zwangsverbände", denen man nicht, wie einem Verein, freiwillig beitritt, sondern in die man in der Regel hineingeboren wird und denen man zwangsweise angehört. Obgleich „Kirche" dem Gemeinschaftskult in mancherlei Hinsicht gleiche, zeichnet sie sich – wie Riesebrodt erläutert (Riesebrodt 2001, S. 112) – durch eine Reihe zusätzlicher Kriterien aus, die Weber in seiner Schilderung des Übergangs vom hierokratischen Verband zur Kirche folgendermaßen beschreibt:

  > „Zur ‚Kirche' entwickelt sich die Hierokratie, wenn: 1. ein besonderer, nach Gehalt, Avancement, Berufspflichten, spezifischem (außerberuflichem) Lebenswandel reglementierter und von der ‚Welt' ausgesonderter Berufspriesterstand entstanden ist, – 2. die Hierokratie ‚universalistische' Herrschaftsansprüche erhebt, d. h. mindestens die Gebundenheit an Haus, Sippe, Stamm überwunden hat, in vollem Sinn erst, wenn auch die ethnisch-nationalen Schranken gefallen sind, also bei völliger religiöser Nivellierung, – 3. wenn Dogma und Kultus rationalisiert, in heiligen Schriften niedergelegt, kommentiert und systematisch, nicht nur nach Art einer technischen Fertigkeit, Gegenstand des Unterrichts sind, – 4. wenn dies alles sich in einer anstaltsartigen Gemeinschaft vollzieht. Denn der alles entscheidende Punkt, dessen Ausflüsse diese, in sehr verschiedenen Graden von Reinheit entwickel-

ten Prinzipien sind, ist die *Loslösung des Charisma von der Person und seine Verknüpfung mit der Institution und speziell: mit dem Amt*." (Weber 1980, S. 692)

- Während Max Weber „Kirche" in Analogie zum Staat konzipiert, versteht er „*Sekte*" in Analogie zum Verein: „Eine Sekte ist – wenn man sie von einer ‚Kirche' begrifflich scheiden will – eben nicht, wie diese, eine Anstalt, sondern eine Gemeinschaft von religiös Qualifizierten, sie ist die allen zum Heil berufene und nur diese umfassende Gemeinde." (hier zitiert nach Riesebrodt 2001, S. 113). Sekte ist demnach – wie Riesebrodt weiter erläutert (Riesebrodt 2001, S. 113 f.) nicht einfach eine jegliche religiöse Gemeinschaft, die entweder zahlenmäßig klein ist oder vom Staat oder Kirche verfolgt wird. Sondern zum Sektenbegriff gehört das *Selbstverständnis der Betroffenen als einer exklusiven Gemeinschaft* religiös Qualifizierter. Gleichzeitig ist es für die Kulturentwicklung entscheidend, wer Träger von Sektenreligiosität ist, wie Heilsziele und Heilswege definiert sind und in welcher Richtung die Lebensführung geprägt wird. Denn Sektentum lässt eine Vielzahl von Entwicklungstendenzen offen.

Nachdem wir nunmehr eine ungefähre Vorstellung davon haben, was religiöse Governance-Kollektive sind, wollen wir diese Governance-Kollektive in einem zweiten Schritt als *Regelungskollektive* näher in Augenschein nehmen.

a) *Zur Existenz göttlichen Rechts*

aa) Islamisches Recht als göttliches Recht

Die ebenso komprimierte wie informative Darstellung des Islam durch Heinz Halm beginnt mit der Frage danach, *wer und was ein Muslim ist*; die Antwort ist eindeutig:

> „Was die Muslime verbindet, ist der Glaube an einen Gott und an dessen Offenbarung durch einen Propheten, Mohammed (Muhammad); diese Offenbarung ist in einem Buch niedergelegt, dem Koran (Qur'ân). Somit läßt sich definieren: *Muslim ist, wer den Koran als Offenbarung des einen, einzigen Gottes anerkennt*." (Halm 2007, S. 7)

Und in der etwas später zu findenden Portraitierung der *fünf Säulen des Islam* heißt es ergänzend dazu wie folgt:

> „Die fünf Grundpflichten des Islam werden als seine ‚Säulen' (arkān, Sing, rukn) bezeichnet. Die erste davon ist das Glaubensbekenntnis, das ‚Zeugnis' (šahāda): ‚Ich bezeuge, daß es keine Gottheit außer Gott gibt und daß Mohammed der Gesandte Gottes ist'. Mit dieser zweiteiligen Formel bekennt sich der Muslim zum absoluten Monotheismus und zur prophetischen Sendung Mohammeds; damit wird zugleich *der von Mohammed hinterlassene Koran als offenbartes Wort Gottes anerkannt*." (Halm 2007, S. 60)

Dieses so zentrale Dokument des Korans ist aber nicht nur ein *Glaubensdokument*, sondern zugleich das zentrale *Rechtsdokument* und die zentrale *Rechtsquelle* des islamischen Rechts. Seine Besonderheit besteht gerade darin, dass in ihm *Glaubensgehalt und Rechtsgehalt un-*

trennbar miteinander verwoben sind; ganz in diesem Sinne heißt es dazu in der umfassenden Darstellung des islamischen Rechts durch Mathias Rohe wie folgt:

> „Erste und vornehmste Rechtsquelle ist unstreitig der Koran (qur'ân, *das häufig zu rezitierende Buch)*. Er befiehlt und lehrt nach eigenem Anspruch Gerechtigkeit und ermöglicht sichere Entscheidung. *Der Koran ist weit mehr als ein ‚Gesetzbuch*'; zum größten Teil enthält er nicht Rechtsnormen, sondern Aussagen zu Gott und seinen Propheten, Glaubensinhalte, religiöse Gebote und Verbote, Lehrerzählungen, Weltdeutungen, Aussagen und Handlungsanweisungen zum historischen Geschehen und zu Personen aus der Zeit Muhammads sowie manches andere. Ungefähr 500 Verse *sollen* unmittelbar rechtlichen Gehalt haben. Hierzu wird auch der große Anteil religiöser Ritualvorschriften (ibādāt) gerechnet, während zivil- und strafrechtliche Vorschriften nur in einigen Dutzend Versen enthalten sind. Rechtliche Fragen werden aber auch mittelbar im Rückgriff auf Aussagen nicht-rechtlichen Gehalts beantwortet, so etwa die Frage, ob Analogieschlüsse zulässig sind." (Rohe 2009, S. 48)

Die nicht nur zentrale, sondern absolut dominante Rolle des göttlichen offenbarten Rechts in Gestalt des Koran, aber auch der sogenannten Sunna (dazu Rohe 2009, S. 52 ff.) zeigt sich besonders deutlich in dem von den Verfassungen der meisten islamischen Staaten statuierten *Vorrang des göttlichen offenbarten Rechts vor dem vom Staat erlassenen Gesetzesrecht*.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht hat im Januar 2010 eine Materialsammlung mit dem Titel *On the Relation between Islamic Law and Constitutional Law in Selected Countries* vorgelegt, aus der wir beispielhaft für den *Iran* die folgenden einschlägigen Bestimmungen wiedergeben:

> Art. 1
>
> The form of government of Iran is that of an *Islamic Republic*, endorsed by the people of Iran on the basis of their longstanding belief in the sovereignty of truth and Qur'ānic justice, in the referendum of [March 29-30, 1979], through the affirmative vote of majority of 98.2 % of eligible voters, held after the victorious Islamic Revolution led by the eminent marji' al-taqlīd, Āyatullāh al-'Uzmā Imam Khumaynī.
>
> Art. 2
>
> The Islamic Republic is a system based on belief in:
>
> 1. The One God (as stated in the phrase "There is no god except Allah"), His *exclusive sovereignty and the right to legislate*, and the necessity of submission to His commands;
>
> [...]
>
> 4. The justice of God in creation and legislation;
>
> [...]
>
> Art. 4
>
> All civil, penal, financial, economic, administrative, cultural, military, political, and other laws and regulations must be based on Islamic criteria. This principle applies absolutely and generally to all articles of the Constitution as well as to all other laws and regulations, *and the fuqahā' of the Guardian Council are judges in this matter*.

Art. 12

The official religion of Iran is Islam and the Twelver Ja'farî school [in usul al-Din and fiqh], and this principle will remain eternally immutable. *Other Islamic schools*, including the Hanafî, Shāfi'I, Mālikî, Hanbalî, and Zaydî, *are to be accorded full respect, and their followers are free to act in accordance with their own jurisprudence in performing their religious rites*. These schools enjoy official status in matters pertaining to religious education, affairs and personal status (marriage, divorce, inheritance and wills) and related litigation in courts of law. In regions of the country where Muslims following any one of these schools of fiqh constitute the majority, local regulations, within the bounds of the jurisdiction of local councils, are to be in accordance with the respective school of fiqh, without infringing upon the rights of the followers of other schools.

Art. 77

International treaties, protocols, contracts and agreements must be approved by the Islamic Consultative Assembly.

Art. 167

The judge is bound to endeavour to judge each case on the basis of the codified law. In case of the absence of any such law, he has to deliver his judgement on the basis of authoritative Islamic sources and authentic fatāwā. […]

Art. 170

Judges of courts are obliged to refrain from executing statutes and regulations of the government that are in conflict with the laws or the norms of Islam, […]

Art. 177.6

The content of the Articles of the Constitution related to the Islamic character of the political system; the basis of all the rules and regulations according to Islamic criteria; the religious footing; the objectives of Islamic Republic of Iran; the democratic character of the government; the wilāyat al-'amr; the Imamate of Ummah; and the administration of the affairs of the country based on national referenda, official religion of Iran [Islam] and the school [Twelver Ja'fari] *are unalterable*.

Auch hier ist es weniger die Vorrangregel als solche, die unser Interesse weckt, sondern zwei offenbar iranische Besonderheiten: einmal finden wir es bemerkenswert, dass in Artikel 12 selbst ein *Problem normativer Pluralität* angesprochen wird, nämlich das *Verhältnis der verschiedenen Rechtsschulen und ihrer jeweils eigenen Rechtsprechung zueinander*, zum anderen die Erwähnung der *Rolle des Wächterrates*, die aus institutionentheoretischer Sicht sicherlich eines eigenen Abschnittes wert wäre.

bb) Jüdisches Recht als göttliches Recht

Für das jüdische Recht ist sein Charakter als religiöses, göttliches Recht unübersehbar; er ergibt sich aus der Geschichte des Judentums und seiner immer wieder bedrohten Identität in ganz unmittelbarer und beeindruckender Weise. Zum Beleg möchten wir an dieser Stelle zwei Passagen aus der preisgekrönten Dissertation Justus von Daniels mit dem Titel „Religiöses Recht als Präferenz. Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich" zitie-

ren, die uns dafür besonders geeignet erscheinen; die erste Belegstelle bezieht sich auf den für den jüdischen Glauben so zentralen Gründungsmythos des am Berg Sinai geschlossenen *Bundes zwischen Gott und dem Volke Israel*:

> „*Der Bund des Volkes mit seinem Gott begründet die kulturelle und religiöse Identität des Judentums*. Er ist Ausgangspunkt einer Religionsgemeinschaft, die ihr Verhältnis zu ihrem Gott maßgeblich über die Schrift definiert und er ist der Höhepunkt der göttlichen *Erscheinung: Gott* eröffnet sich dem Volk Israel und legt die Bedingungen der Religion und das Verhältnis zwischen Gott und dem Volk vollständig und endgültig dar.
>
> Der Akt der Schließung des Bundes selbst besitzt eine genuin politische Dimension, da dieser Akt eine Ordnung des jüdischen Volkes begründet. *Der Bund bildet den Grundstein der gesellschaftlichen Verfasstheit des jüdischen Volkes. Der Inhalt des Bundes wiederum besitzt in Form der Gebote maßgeblich einen rechtlichen Charakter*. Es sind größtenteils Verhaltensvorschriften, angefangen mit den zehn Geboten, die der Gemeinschaft durch den Bund auferlegt werden. An zentraler Stelle wird die institutionelle Verankerung des Gerichtes im Detail geschildert. Eine der Hauptaufgaben von Mose ist es, nach der Überbringung der Gesetzestafeln als oberster Richter der Juden zu dienen. Die Religionsgelehrten des Judentums – *die Rabbiner – waren und sind Richter und Rechtsgelehrte*, die über Jahrhunderte schriftliche Diskussionen über die richtige Auslegung der Offenbarung, vor allem der dort erteilten Vorschriften, führten und weiter führen. Diese Auslegungen bilden den Großteil dessen, was heute als jüdisches Recht – als Halacha – bezeichnet wird. Das Recht, eingebettet in die für das Recht typische Institution des Gerichtes, spielt demnach für die Identität des Judentums eine zentrale Rolle und so ist das Judentum als *eine Glaubensgemeinschaft zu verstehen, die sich durch die Gesetze manifestiert*. Die in modernen Rechtsordnungen vorgenommene Trennung von Recht und Moral ist in diesem System strukturell nicht vorgesehen; beides ist eng miteinander verknüpft und bildet zusammen eine Art sittliche Ordnung für das Judentum." (Daniels 2009, S. 1 f.)

Die zweite Belegstelle findet sich in der von Daniel'schen Dissertation unter der Überschrift „Besondere Strukturmerkmale des jüdischen Rechts" und lautet wie folgt:

> „*Jüdisches Recht ist ein religiöses Rechtssystem*, an dessen Grundsätze die Mitglieder des Judentums glauben. Das hat weitreichende Konsequenzen für die Begründung, Systematik und Bindungskraft dieses Systems.
>
> *Religiöses Recht ist göttlichen Ursprungs, im Fall des Judentums ist das Recht sogar konstituierend für die Religion selbst*. Der Ursprungsakt der jüdischen Religion liegt in der Offenbarung Gottes am Berg Sinai an das Volk der Israeliten. Die Regeln, die darin enthalten sind, bilden die Basis für das jüdische Recht und damit sind die Theonomie und die in der Divinität angelegte Ewigkeit die Grundpfeiler des Rechts. Das mündlich überlieferte Recht, das die Basis der Mischna, des Talmuds und der darauf folgenden Kommentierungen bildet, wird dogmatisch ebenso als göttlich angesehen. *Die Religion ist durch die zentrale Rolle, die das Recht für die Identitätsbildung einnimmt, deshalb eine Rechtsreligion*, das heißt eine Religion, in der das Recht für die Bestimmung des Verhältnisses zu Gott eine entscheidende Rolle spielt. Das Recht seinerseits ist grundsätzlich religiös, da es auf rein transzendentem Fundament basiert." (Daniels 2009, S. 27 f.)

cc) Zur christlichen Unterscheidung von *Ius Divinum* und *Ius Humanum*

Auch der christlichen Theologie ist die Unterscheidung zwischen göttlichem und menschlichem Recht nicht unbekannt und die großen Kirchenväter haben stets die Maßstabsfunk-

tion des *ius divinum* betont und auf ihr bestanden; dazu heißt es in dem schönen Buch von Friedrich Wilhelm Graf *Über göttliche und menschliche Gesetze* klar und deutlich wie folgt:

> „Für die großen Traditionen eines in Gottes Schöpferwillen verankerten christlichen Naturrechts wurde neben biblischen Texten insbesondere das von der Stoa entwickelte Verständnis der lex divina maßgeblich, das seit dem 1. Jahrhundert v. Chr. die Jurisprudenz der Römer bestimmt hatte. Hier war Gottes Gesetz dem ius humanum als ein umfassender sittlicher wie rechtlicher Bestimmungsrahmen vorgeordnet worden, der die verbindliche Grundlage aller von Menschen entworfenen Gesetze, *ihr normatives Kriterium* bildete. Kirchenväter wie Tertullian, Cyprian, Laktanz und schließlich an prominentester Stelle Augustin übernahmen stoische Unterscheidungsfiguren von ius divinum und ius humanum in den theologischen Sprachgebrauch. Den leges humanae, den von Menschen aufgeschriebenen Gesetzen, eigne lediglich weltliche Autorität, ihre Bindungskraft sei daher begrenzt und bloß relativ. Von Menschen gemachte Gesetze ließen sich leicht von Menschen in Frage stellen und wieder ändern. Schon um der Stärkung ihrer Geltung willen *müßten alle leges humanae (positivae) im Gottesgesetz fundiert s*ein. Immer wieder erklärten christliche Theologen in nachkonstantinischer Zeit deshalb: Ius humanum werde zum Unrecht, wo es nicht dem ius divinum entspreche. Damit waren allerdings harte Konflikte zwischen Theologen und Juristen, kirchlichen und weltlichen Autoritäten vorprogrammiert. Denn wer darf entscheiden, ob ein menschliches Gesetz dem Gottesgesetz entspricht? Wie, in welchen Verfahren kann überhaupt die Gottgemäßheit von Ordnungen des Gemeinwesens überprüft werden?“ (Graf 2006, S. 25 f.)

Gleichwohl hat das *ius divinum* – wenn wir recht sehen – im Christentum nie eine so große Rolle gespielt wie im Islam und Judentum und hat es keinen separaten Rechtskorpus herausgebildet, wie etwa den Koran oder die Thora; nach unserer Wahrnehmung liegt das einmal darin, dass – anders als im „kirchenlosen“ Islam und Judentum – Rechtsgehalte göttlichen Ursprungs im Kirchenrecht eine Heimstatt gefunden und damit das Prädikat der Unabhängigkeit verloren haben, zum anderen daran, dass es dem Papsttum gelungen ist, hinsichtlich des *ius divinum die Auslegungs- und Fortentwicklungskompetenz* für sich zu reklamieren; so verstehen wir auch die nachfolgende Passage aus der Feder Friedrich Wilhelm Grafs, mit der wir diesen Gliederungspunkt auch abschließen wollen:

> „Thomas von Aquin, von Papst Benedikt XVI. in seiner Rede vor dem Kölner Dom im August 2005 als ‚größter Theologe des Abendlandes‘ gefeiert, erklärte in der ‚Summa de theologia‘, daß keinerlei weltliche Obrigkeit, sondern *allein die höchste kirchliche Autorität, also der Papst* in Rom, auf der Grundlage der Heiligen Schrift und der kirchlichen Tradition *die Normen göttlichen Rechts festzustellen hat*. Damit machte Thomas, 1323 heiliggesprochen und 1567 zum ‚Lehrer der Kirche‘ erhoben, christentumsgeschichtlich Epoche: Die römisch-katholische Kirche verteidigt bis heute den dreifachen Anspruch, daß ihr ein geoffenbartes Wissen um die Normen göttlichen Rechts erschlossen ist, daß dieses ewige, jedem Vernunftgeschöpf ins Herz geschriebene Recht universell gilt und daß *nur dem Inhaber des Petrusamtes die verbindliche Normdeutungskompetenz eignet*.“ (Graf 2006, S. 28)

b) Zum Kirchenrecht als eigenständiger normativer Ordnung

Diesen Gliederungspunkt wollen wir nicht dazu benutzen, in eine tiefgründige Auseinandersetzung mit dem Phänomen des Kirchenrechts einzutreten, seinen Geltungsgrundlagen so wie seinen Gemeinsamkeiten mit und seinen Unterschieden zum staatlichen Recht (dazu Robbers 1994; Dreier 1997). Was wir vielmehr tun wollen, ist, das katholische Kirchen-

recht in Gestalt des *Corpus Juris Canonici* (später: *Codex Juris Canonici*) als ein *Beispiel für eine globale normative Ordnung nicht-staatlichen Charakters* zu skizzieren, weil uns mit diesem Rechtskorpus nicht ein irgendwie rechtstheoretisch konstruiertes Gebilde, sondern ein historisch wirkmächtiges nicht-staatliches Rechtsregime gegenübersteht.

aa) Alles begann mit der Rechtssammlung Gratians

Das katholische Kirchenrecht, das sich jahrhundertelang unbestrittener Geltung erfreute, ist ein langsam gewachsener Rechtskorpus, über dessen Entstehung und seine Etappen jedes Lehrbuch des Kirchenrechts und der kirchlichen Rechtsgeschichte verlässlich unterrichtet (hilfreich für einen Überblick insbesondere Wall und Muckel 2009, S. 92 ff.; Link 2010). Deswegen genügen an dieser Stelle nur einige wenige Hinweise zur Entstehung und zum Inhalt des *klassischen kanonischen Rechts*.

Als *Corpus Juris Canonici* (Corp JC) bezeichnet man zusammenfassend die umfangreiche *kirchliche Rechtssammlung*, die sich ihrerseits aus einzelnen Rechtssammlungen aus der Zeit zwischen 1140 und 1325 zusammensetzt. Die früheste und umfangreichste solcher Rechtssammlungen war das sogenannte *Decretum Gratiani* von 1140, das nichts anderes war als „eine Privatsammlung von rechtserheblichen Texten des vergangenen Jahrtausends, die in scholastischer Methode *lehrbuchartig systematisiert*" wurde (Link 2010, S. 97). Dieses *Decretum Gratiani* markiert nach allgemeiner Auffassung den Beginn eines systematischen katholischen Kirchenrechts und einer entsprechenden Kirchenrechtswissenschaft; Christoph Link hat diese wegweisende Bedeutung der gratianischen Rechtssammlung kurz und knapp wie folgt zusammengefasst:

> „Das Decretum Gratiani wurde zwar niemals vom Papst offiziell als Gesetzbuch approbiert, erlangte aber *europaweite Verbreitung und Autorität*. Erst auf seiner Grundlage entwickelte sich eine eigene Kirchenrechtswissenschaft (Kanonistik) – parallel zur Legistik, d. h. der Bearbeitung des Römischen Rechts, das bereits im 11. Jahrhundert wieder in das wissenschaftliche Bewusstsein des Abendlandes getreten war. Beide Richtungen prägten fortan Rechtslehre und Rechtspraxis. *Damit leistete nun auch die Kanonistik einen gleichwertigen Beitrag zur Verwissenschaftlichung des Rechts*." (Link 2010, S. 38)

Der zweite Meilenstein, den wir kurz erwähnen wollen, besteht in der unter dem Namen *Liber Extra* formierenden Rechtssammlung, die von Papst Gregor IX. (1227–1241) in Auftrag gegeben worden war und so etwas wie eine erste Kodifizierung des geltenden Kirchenrechts darstellte; Christoph Link erläutert seine Bedeutung wie folgt:

> „Der Liber Extra wurde mit der päpstlichen Bulle ‚Rex pacifus' 1234 – wie damals üblich: durch Versendung an die Universitäten – publiziert, verbunden mit der Weisung, allein diese Sammlung bei Gerichten und im Unterricht zu gebrauchen und keine weiteren mehr zu veranstalten. Nicht aufgenommene Dekretalen waren damit außer Kraft gesetzt. Dies hatte zwei überaus bedeutsame Konsequenzen: Einmal den *Gedanken der Kodifikatione eines Rechtsgebiets*, d. h. die alle anderen Regelungen ausschließende Zusammenfassung des Rechtsstoffs in einem Gesetzbuch; zum anderen, und damit verbunden der *Anspruch des Gesetzgebers, neues Recht an die Stelle des alten setzen zu können*. Das, was man später als Wesensmerkmal des ‚Modernen Staates' bezeichnet hat, seine Aktivität, d. h. seine

> Kompetenz, sich jeweils neuen ‚Lagen' dadurch anzupassen, dass er seiner Gesetzgebung über das Alte hinweggeht und – indem er dieses außer Kraft setzt – neues Recht schafft, haben hier die Päpste beansprucht, die sich nicht mehr an die Gesetze ihrer Vorgänger gebunden fühlten. *Der Liber Extra bildet daher einen wichtigen Markstein auf dem Weg der europäischen Rechtsentwicklung*." (Link 2010, S. 39)

Die Bezeichnung als *Corpus Juris Canonici* hatte sich in Entsprechung zum römisch-rechtlichen *Corpus Juris Civilis* schon seit dem 13. Jahrhundert eingebürgert. Offiziell wurde sie mit der amtlichen Ausgabe von 1582:

> „Diese beruhte auf der Redaktionsarbeit einer 1566 eingesetzten päpstlichen Kommission von Kardinälen und Kanonisten, der Correctores Romani. Ihre Aufgabe war nicht nur die Vereinheitlichung abweichender Textüberlieferungen, sondern auch deren Anpassung an ein gewandeltes Rechtsverständnis." (Link 2010, S. 41)

Dieser *Corpus Juris Canonici* blieb in der römisch-katholischen Weltkirche bis zum Jahre 1918 in Geltung und wurde 1983 durch den *Codex Juris Canonici* abgelöst.

bb) Der Rechtsdualismus von römischem und kanonischem Recht als Kennzeichen der europäischen Rechtsgeschichte

Das Nebeneinander eines weltlichen, römisch-rechtlichen Zivilrechts und eines katholischen Kirchenrechts kann – darin sind sich die Rechtshistoriker weitgehend einig – geradezu als ein Charakteristikum der europäischen Rechtsgeschichte bezeichnet werden; bei Peter Landau heißt es dazu in seinem Beitrag über den Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur wie folgt:

> „Die Entwicklung Europas zu einer politischen Einheit mit gemeinsamem Recht, das man in der Begriffsbildung ‚Europarecht' zusammenfaßt, hat für den Rechtshistoriker die Frage neu gestellt, ob es Besonderheiten einer europäischen Rechtskultur etwa gegenüber der islamischen Rechtskultur und den Rechtskulturen Ostasiens gibt. Als eine solche Besonderheit ist sicher in erster Linie das Faktum hervorzuheben, *daß es im abendländischen Europa seit dem 12. Jahrhundert zwei Rechtssysteme gab, die sich ergänzten, die aber von unterschiedlichen rechtserzeugenden Instanzen Ursprung und Geltung ableiteten: das weltliche Zivilrecht und das kanonische Recht*. Das Kanonische Recht war nicht dem weltlichen Recht untergeordnet als Recht einer besonderen Gemeinschaft innerhalb des Staates, und es beruhte auch nicht in seiner Geltung auf einem Anerkennungsakt einer höchsten weltlichen Autorität, vielmehr bezog es seine Legitimität aus der unumstrittenen Herrschaftsautorität der katholischen Kirche. *Die Tatsache dieser doppelten Rechtsordnung ist ein Charakteristikum unserer europäischen Geschichte*, das wir und viel zu selten vergegenwärtigen." (Landau 1991, S. 39)

Da wir schon weiter oben gelernt haben, dass die Existenz pluraler Rechtsordnungen in aller Regel auch die *Existenz pluraler Gerichtsbarkeit* bedeutet, kann es nicht überraschen, dass dieses Nebeneinander einer weltlichen und einer kirchlichen Gerichtsbarkeit ebenfalls zum Erbe der europäischen Rechtsgeschichte gehört; in dem Beitrag von Hans Liermann über das kanonische Recht als Grundlage europäischen Rechtsdenkens wird diese Doppelspurigkeit der Gerichtsbarkeiten daher zu Recht als Besonderheit der europäischen Rechtsentwicklung hervorgehoben:

> „Neben den tragenden Grundprinzipien, von denen bisher die Rede gewesen ist, verdankt unser gemeinsames europäisches Rechtsdenken dem kanonischen Recht eine Reihe von Errungenschaften, die mehr rechtstechnischer Natur sind.
>
> Dazu gehört das für uns heute so selbstverständliche *juristische Arbeiten mit mehreren Rechtskreisen und mehreren Gerichtsbarkeiten*, die nebeneinander existieren: Straf- und Zivilgerichtsbarkeit, neuerdings überall eine ausgeprägte Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Seit der Christianisierung Europas ist die Tatsache zweier nebeneinander vorhandener Rechtskreise, des kanonischen Rechts und des säkularen staatlichen Rechts, gegeben. Seither gibt es auch *ein Nebeneinander von zwei Gerichtsbarkeiten*, der geistlichen und der weltlichen Gerichtsbarkeit. Das bringt zugleich eine komplizierte juristische Problematik mit sich. Sie ist schon im hohen Mittelalter in allen Feinheiten durchdacht. Philipp von Beaumanoir unterscheidet bereits zwischen der ausschließlichen Zuständigkeit geistlicher oder weltlicher Gerichte und der wahlweisen gleichzeitigen Zuständigkeit beider Gerichtsbarkeiten Er macht sich Gedanken über die Bindung des staatlichen Richters an das Urteil des geistlichen Richters. Er kennt die Inzidententscheidung aus dem Bereich der anderen Gerichtsbarkeit und sucht ihre Rechtskraftwirkung abzuschwächen." (Liermann 1957, S. 44)

Entscheidend ist, dass es sich beim weltlichen römischen Recht und beim kanonischen Recht um zwei gleichrangige *Rechts*ordnungen handelt: *das kanonische Recht war unbestritten Recht – Jus* – ein Befund, zu dem Thomas Duve mit der gebotenen Klarheit Folgendes festgehalten hat:

> „*Es* [das kanonische Recht, G. F. S.] *ist so alt wie die Kirche selbst, die nach katholischer Auffassung als Rechtskirche konstituiert* ist, da Heilslehre und Rechtsgebot, Glaubens- und Rechtsgehorsam in ihr untrennbar miteinander verbunden sind. Es wurde auch, jedenfalls über fast zwei Jahrtausende, in seinem Rechtscharakter nie infrage gestellt: *Es war ius*, verfügte über Zwangsmittel und spätestens seit dem Hochmittelalter – also der Zeit, in der man die Anfänge einer textzentrierten europäischen Rechtswissenschaft festmachen kann und in der sich in der Kirche Amtsgewalt und Weihegewalt, postetas iurisdictionis und postetas ordinis, zu trennen begannen – über eine differenzierte Rechtsquellenlehre; der Terminus ‚ius positivum' stammt nicht zufällig aus der kanonistischen Tradition." (Duve 2011, S. 154)

cc) Die Vorreiterrolle der Kirche – nicht nur im Bereich der Institutionen – sondern auch der Rechtskultur

Dass die Institution der Kirche mit ihrer Betonung von Hierarchie und Amtsgedanken sozusagen einen *Institutionalisierungsvorsprung* (Weber 1980, S. 615) gegenüber der weltlichen politischen Herrschaft hatte und mit ihrer Institutionenkultur die Ausprägung moderner Staatlichkeit vorwegnahm und für sie Modellcharakter hatte, ist – soweit wir sehen – gänzlich unbestritten. Eine prägnante Zusammenfassung dieses Befundes finden wir bei Horst Dreier, der dazu unter der Überschrift „Kirche als hierarchische Anstalt mit Ämterordnung" Folgendes ausgeführt hat:

> „Die hochmittelalterliche Kirche bildet mit ihrer hierarchisch-bürokratischen Struktur, ihrem Anstaltscharakter, der Ämterordnung und dem dazugehörigen Ethos sachlicher Pflichterfüllung eine Herrschaftsorganisation, die uns heute selbstverständlich anmutende *Elemente moderner Staatlichkeit* vorwegnimmt […] Für Max Weber stellt die Kirche die erste Anstalt im Rechtssinne überhaupt dar.

> Eine wesentliche ‚*institutionelle Voraussetzung*' für diese anstaltliche Organisation bildete der *Amtsgedanke*. Damit ist der für den modernen Staat wiederum selbstverständliche Umstand gemeint, daß Herrschaftsbefugnisse ‚Amtscharakter haben und funktionsbezogen sind, nicht ein Eigenrecht der jeweiligen Herrschaftsträger darstellen' (Böckenförde 1986, S. 114), wie dies für die Adelsherrschaft des Mittelalters zutrifft. Unser modernes staatsrechtliches Verständnis hingegen ist funktional geprägt und gleichsam abstrakt: *wir denken das Amt als solches personungebunden* und betrachten die das Amt wahrnehmenden, es ausfüllenden Amtswalter als prinzipiell austauschbar, ohne daß durch einen derartigen Austausch die Ämterordnung als solche in Gefahr geriete. In der hochmittelalterlichen Kirchenorganisation wurde das Kirchenamt, das officium ecclesiasticum, nach eben diesen Prinzipien konzipiert und damit gleichsam *zur tragenden Säule des bürokratisch-hierarchischen Kirchenbaues*. (Dreier 2001, S. 145 f.)

Wolfgang Reinhard konnte daher auch in seiner häufig zitierten *Geschichte der Staatsgewalt* vom *Modellcharakter der Kirchenorganisation* für die Herausbildung des modernen Staates sprechen:

> „Daß die lateinische Kirche in erster Linie Rechtskirche […] wurde, daß sie sich konkret zunächst einmal als hierarchisch organisierter Herrschaftsverband verwirklichte, unterscheidet sie von allen anderen Religionen einschließlich des orthodoxen Christentums. […] Die *römische Rechtskirche* besaß aber nicht nur in der Theorie, sondern auch in der institutionellen Praxis einen Vorsprung vor werdenden Staaten. Päpstlicher Alleinvertretungsanspruch (Plenitudo Potestatis), Zentralismus, Verwaltungsapparat und Steuerwesen ließen sie im Mittelalter zum *Modell des modernen Staates* werden." (Reinhard 1999, S. 261)

Wenn sich dies so verhält, so kann es uns nicht allzu sehr überraschen, dass nicht nur der organisatorischen Architektur der Kirche, sondern auch ihrem Recht – *Kirche als Rechtskirche* – Vorbildcharakter zugesprochen.

Als Zeugen wollen wir Peter Landau in den Zeugenstand bitten, der sich mehrfach (1991; 1996) mit der Vorbildfunktion des kanonischen Rechts beschäftigt hat; in seinem schon zitierten Beitrag über den Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur hat er dazu Folgendes ausgeführt:

> „Es sind aber nun in erster Linie nicht so sehr einzelne Rechtsgedanken oder Rechtsinstitute, *die das kanonische Recht als Modelle für die weltliche Rechtsordnung bereitgestellt hat*. Man muß sich vielmehr klarmachen, daß das gesamte kanonische Recht des Mittelalters in seiner Eigenschaft als ein spätestens 1234, also in der Zeit des berühmten Gesetzbuchs Liber Extra von Papst Gregor IX., voll entwickeltes Rechtssystem für das neuzeitliche weltliche Vorbild geworden ist. Natürlich ist es primär das römische Recht gewesen, dessen Rezeption oder Wiedergeburt in Kontinentaleuropa Grundlage der neuzeitlichen Rechtsordnungen war, vor allem im Zivilrecht, partiell auch im öffentlichen Recht. Neben dem römischen Recht, das als ein im wesentlichen abgeschlossenes Textcorpus dem 12. Jahrhundert überliefert wurde, steht nun aber im kanonischen Recht ein zweites Textcorpus, das Corpus Iuris Canonici, welches im 12. und 13. Jahrhundert ständig ergänzt und verändert wurde, und zwar in einem engen, in vielerlei Hinsicht noch keineswegs voll erfaßten Wechselspiel von Fallentscheidung, Gesetzgebung und wissenschaftlicher Interpretation sowie verallgemeinernder Begriffsbildung. Das kanonische Recht ist z. B. im Armenrecht für die mittelalterliche Gesellschaft in ganz Europa *die zeitlich erste Rechtsordnung gewesen, in der die* auch für uns heute selbstverständlichen *Faktoren der Rechtsfortbildung: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft – für die Zeitgenossen erfahrbar geworden sind* […] Das Corpus Iuris Canonici wurde wie das Corpus Iuris Civilis in ganz Europa rezipiert – insofern ist es richtig, vom Phänomen der europäischen Rezeption des kanonischen Rechts zu sprechen […]

> Das Corpus Iuris Canonici ist aber anders als das Corpus Iuris Civilis im Hochmittelalter überhaupt erst komponiert worden, aus einander ergänzenden Rechtssammlungen erwachsen, und *es vermittelte dem mittelalterlichen Europa zum erstenmal die Erfahrung der Rechtssicherheit auf der Grundlage eines positiven Rechts*.“ (Landau 1991, S. 41 f.)

dd) Zwischenbilanz: Das kanonische Recht als globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit

Mit dieser Überschrift, die wir dem Titel des Aufsatzes von Thomas Duve (2011, S. 147) entnommen haben, sind zwei wichtige Aspekte angesprochen: Einmal der globale Charakter und auch globale Geltungsanspruch des kanonischen Rechts, zum anderen das Verhältnis – so muss man den Titel des Duve'schen Beitrages wohl lesen – von „starker Kirche“ und „schwacher Staatlichkeit“.

- Was zunächst den globalen *Geltungsanspruch des kanonischen Rechts* angeht, so wird er uns von Hans Liermann mit einer sehr plausiblen Argumentation wie folgt erklärt:

> „Aber nicht nur deutsche und französische Rechtsquellen des hohen Mittelalters sind mit dem kanonischen Recht verzahnt und können nur in der Verbindung mit ihm verstanden und gewürdigt werden. Vielmehr fließt, seitdem Europa mit der Bekehrung der germanischen und später der slawischen Völker begonnen hat, christlich zu werden, der breite Strom eines von Christentum und Kirche beeinflußten, also letzten Ende kanonischen Rechtsdenkens, wobei der Begriff ‚kanonische Recht‘ im weitesten Sinne genommen ist, durch den gesamten Erdteil. Er kennt keine Grenzen von Völkern und Staaten. *Das Christentum als universale Religion mußte folgerichtig auch ein universales Rechtsdenken hervorbringen*.
>
> Es ist der christliche Gottesbegriff, der jene übernationale Wirkung gezeitigt hat. Die großen jüdischen Propheten haben es zum erstenmal gewagt, den gewaltigen religiösen Gedanken auszusprechen, daß der Gott Israels ein Gott aller Völker sei. Sie haben damit den an nationale Grenzen gebundenen jüdischen Henotheismus zum universalen Monotheismus umgewandelt. Dieser universale Monotheismus ist vom Christentum übernommen und weitergetragen worden. Er ist zur Ursache für ein universales Rechtsdenken geworden. *Denn bei dem engen Zusammenhang von Recht und Religion, der vor allem in frühen, noch nicht säkularisierten Epochen der Rechtsgeschichte von selbst gegeben ist, kann das Rechtsdenken, das von einer universalen Gottesidee ausgeht, grundsätzlich nur ohne Grenzen sein*.“ (Liermann 1957, S. 38)

- Für Thomas Duve besteht das Besondere der globalen normativen Ordnung des kanonischen Rechts darin, dass dieses Rechtsregime seine beeindruckende Wirkkraft *„im Schatten frühneuzeitlicher (schwacher) Staatlichkeit herausbildete“*:

> „Gab es aber in der Vergangenheit auch nicht-staatliche ‚globale Systeme‘, die sich ‚ihre eigenen rechtlichen Strukturen schaffen‘, wie es heute beobachtet […] wird? – Es gab sie, und im Mittelpunkt dieses Beitrags steht ein historisch bedeutsamer Fall eines solchen nicht-staatlichen, globalen Rechts: Das Recht der katholischen Kirche, aus dem sich in einem bestimmten historischen Moment, nämlich in der Mitte des 16. Jahrhunderts – manche nennen dies die erste Globalisierung oder die ‚Mundialisierung‘ – *eine normative Ordnung im Schatten frühneuzeitlicher (schwacher) Staatlichkeit herausbildete*. Sie war institutionell gegründet, reproduzierte sich aber nicht zuletzt durch einen in das Innere des Menschen verlagerten, in erster Linie diskursiv-theoretisch und symbolisch-rituell gestützten Zwang. Für

> einen begrenzten Zeitraum hatte diese normative Ordnung auch nicht nur der Theorie nach, sondern tatsächlich *geradezu globale Ausmaße*: Denn sie steuerte jedenfalls in dem Maße, in dem frühneuzeitliche normative Ordnungen überhaupt Steuerungseffizienz beanspruchten, das Verhalten und die Verhaltenserwartungen von Millionen von Menschen an vielen Orten der Welt, zwischen Mexiko, München und Manila. Die vom Atlantik zum Pazifik reichende Ausdehnung der spanischen Monarchie, der soteriologische Ansatz und der universale Anspruch dieser normativen Ordnung verliehen ihr globale Dimensionen." (Duve 2011, S. 148)

Nach diesem etwas prinzipieller geratenen Überblick über die normativen Ordnungen religiöser Governance-Kollektive möchten wir den Leser animieren, sich einem dritten Typ von Governance-Kollektiven zuzuwenden, nämlich den Professionen.

3. Berufsständische Governance-Kollektive und ihre Normenordnungen

Für berufsspezifische Normenordnungen und ihre oft rigide Durchsetzung gibt es zahllose Beispiele, sodass wir in unserer Darstellung eine ebenso rigide Auswahl treffen müssen. Wir beschränken uns daher auf drei Beispiele und haben sie so ausgewählt, dass wir aus ihnen für unser Generalthema dieses Kapitels – Governance-Kollektive und ihre normativen Ordnungen – besonders viel lernen können.

a) Nicht-staatliche Selbstregulierung in Mikrogesellschaften oder Governance by Reputation – das Beispiel der jüdischen Diamantenhändler in New York

Unter dieser Überschrift soll ein Blick auf eine von US-amerikanischen Juristen in den letzten zehn Jahren unter dem Stichwort „*private ordering*" geführte Diskussion (siehe näher dazu Richman 2004) geworfen werden, in der es um die *Funktionsbedingungen von privaten Normensystemen* in Gruppen sozialer Akteure geht. In einer Reihe detaillierter Fallstudien wurde beschrieben, wie sich solche privaten Normenordnungen herausbilden und – und das ist letztlich die Nagelprobe – wie sie durchgesetzt werden. Paradebeispiele in dieser *Private-ordering*-Literatur (vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung bei Ipsen 2009) sind die an die Stelle des staatlichen Rechts tretenden Regelwerke der jüdischen Diamantenhändler in New York (Richman 2006), des sich an der Memphis Cotton Exchange abspielenden amerikanischen Baumwollhandels (Bernstein 2001) und der Streiterledigung unter Farmern in Shasta County (Ellickson 1991). Der Fokus dieser Studien, über deren Ergebnisse wir kurz berichten wollen, ist also nicht global oder transnational, sondern *lokal* und *berufsfeldspezifisch*.

Für unsere Zwecke dürfte es ausreichen, einen Beispielsfall herauszugreifen, der uns besonders lehrreich erscheint. Es ist dies das Beispiel der New Yorker jüdischen Diamantenhändler, die im New Yorker Diamond Dealers Club (DDC) zusammengeschlossen sind und die ihren geschäftlichen Transaktionen selbstgesetzte Regeln zugrunde legen, über deren Einhaltung der Club wacht, indem er über das Geschäftsgebaren seiner Mitglieder regelmäßig informiert, dadurch über deren Reputation mitentscheidet und – bei andau-

erndem und signifikantem Reputationsverlust – letztlich eine Ausschlussdrohung ausspricht. Barak D. Richman spricht anschaulich von einem *„reputation-based enforcement"* (Richman 2004, S. 2328) der selbstgesetzten Regeln, eine Formulierung, die uns dazu veranlasst, in einer generelleren Weise von einem Anwendungsfall von *governance by reputation* zu sprechen. Ein solcher Governance-Modus setzt – wenn wir das Ergebnis der Fallstudien vereinfachend zusammenfassen dürfen – offenbar zwei Dinge voraus: einmal einen funktionierenden *Informationsaustausch* über das Geschäftsgebaren bestimmter Personen (meistens Kaufleute) und zweitens die *Existenz einer sozialen Gruppe* oder eines sozialen Netzwerkes, für die die Reputation ihrer Mitglieder wichtig ist; solche sozialen Gruppen wollen wir in eigenmächtiger Begriffswahl *Reputationsgemeinschaften* nennen.

Was zunächst den Informationsaustausch angeht, so berichtet uns darüber Nils Ipsen in seiner weiterführenden Arbeit über *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* Folgendes:

> „Zunächst muss die Weitergabe von Informationen und die Veröffentlichung der Reputation des Einzelnen sichergestellt sein. Dies kann in sehr kleinen Gruppen, wie z. B. den benachbarten Ranchern in Shasta County, informell erfolgen. Größere Gruppen benötigen dagegen in der Regel besondere Institutionen, die diesen Service anbieten. So bietet der New Yorker Diamond Dealers Club (DDC), innerhalb dessen ein Großteil des weltweiten Diamantenhandels stattfindet, nicht nur einen sicheren Handelsplatz, sondern dient auch als Handelskammer. Dem entsprechend setzt der DDC die Regeln des Diamantenhandels und bietet ein zwingendes privates Schiedsgericht an. Zusätzlich übernimmt er auf verschiedene Weise die Aufgabe, den Informationsaustausch über die Reputation der einzelnen Händler zu ermöglichen, um so die Befolgung der eigenen Schiedssprüche sicherzustellen.
>
> Zunächst vereinfacht ein gemeinsamer Handelsplatz bereits den Informationsaustausch. Zusätzlich werden an einer Wand des Handelsraums Fotos von Besuchern und Neulingen an der Börse mit Hinweisen auf ihre Reputation und ihre persönlichen Referenzen ausgehängt. Ebenso werden – in einer Form, die an die berüchtigten ‚Wanted' Poster im ‚Wilden Westen' erinnert – Bilder derjenigen ausgehängt, die ihre Schulden nicht bezahlt haben. Es ist also *für jeden Händler vergleichweise einfach, sich über die Reputation eines potentiellen Handelspartners zu informieren*.
>
> Ähnlich verhält es sich im Bereich des US-amerikanischen Baumwollhandels. Dieser findet im Wesentlichen an der Memphis Cotton Exchange (MCE) statt. Historisch bedingt, hatten die Mitglieder der MCE traditionell ihre Büros in einer Straße in Memphis, so dass auch hier ein gemeinsamer Handelsplatz einen schnellen Informationsaustausch ermöglichte." (Ipsen 2009, S. 53 f.)

Was die *Existenz eines sozialen Netzwerkes* angeht – von uns Reputationsgemeinschaft genannt – so kann dies an eine Berufsgruppe mit ausgeprägten berufsethischen Standards sein oder – wie im Fall der jüdischen Diamantenhändler – eine *Religionsgemeinschaft*; die Gemeinde der jüdischen Diamantenhändler in New York übt offenbar in diesem Sinne ein *reputation-based rule enforcement* aus, und zwar nicht nur gegenüber den eigentlichen Diamantenhändlern, sondern auch gegenüber den Diamanten-Verarbeitern – von Richman als „mit Diamanten besetzte Mittellose" bezeichnet –, die durchaus in der Versuchung leben, Diamanten zu veruntreuen; Ipsen berichtet dazu Folgendes:

> „Anders sieht es hingegen bei den Verarbeitern aus. Aufgrund ihres geringen Verdienstes und der Leichtigkeit, mit der sie – infolge der informellen Geschäftsvereinbarungen – einen Diamantendieb-

stahl durchführen könnten, ist der Anreiz, Absprachen zu brechen, außerordentlich hoch. Außerdem wollen die ultra-orthodoxen Juden weder dauerhaft im Geschäft bleiben, noch wünschen sie sich eine Übernahme durch ihre Nachkommen. Vielmehr ist ihr Ideal ein lebenslanges Studium der Thora. Dieses könnte theoretisch durch einen Regelbruch ermöglicht werden. Jedoch sind sie als ultra-orthodoxe Juden auch in besonderer Weise ihrer religiösen Gemeinde verbunden. *Eine Flucht wäre aber mit der Aufgabe dieser Gemeinschaft verbunden*. Zusätzlich legt die Gemeinde Wert darauf, dass sich ihre Mitglieder in der Öffentlichkeit adäquat benehmen. Verstöße werden durch eine Art religiöser Schiedsgerichte unter Vorsitz eines Rabbiners geahndet. Diese Verbindung geht im Fall des Diamantenhandels so weit, dass diese Schiedsgerichte direkt von Diamantenhändlern angerufen werden können. Dem Wortbrüchigen drohen die Aberkennung religiöser Ehren, ein zeitlich begrenzter Ausschluss von Feierlichkeiten der Gemeinde und im äußersten Notfall der Ausschluss aus der Gemeinde. *Die Befolgung der weltlichen Regeln wird durch eine Verflechtung mit den Regeln der religiösen Gemeinschaft erreicht*. Dadurch hat ein Regelbruch für den einzelnen Gläubigen derart weitreichende Konsequenzen, dass er trotz des an sich hohen Anreizes unwahrscheinlich wird. Aufgrund dieser Unterstützung durch ein soziales Netzwerk ist die private Normenordnung nach Meinung Richmanns dem staatlichen Rechtssystem überlegen. Sie stellt einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil und damit einen Hauptgrund für den hohen Anteil von jüdischen Diamantenhändlern dar.“ (Ipsen 2009, S. 56 f.)

In einem funktionierenden nicht-staatlichen Normensystem *bedingen sich* – so kann man die Befunde der *Private-ordering*-Literatur generalisieren – *Normenordnung und Netzwerk gegenseitig*:

„Während das soziale Netzwerk die Befolgung der Normenordnung sicherstellt, wird durch die Existenz einer Normenordnung sichergestellt, dass Konflikte entschieden werden können, ohne dass es des Eingreifens eines Dritten (des Staates) bedarf, der diese Konflikte eventuell nur unzureichend lösen und damit die Existenz des sozialen Netzwerkes wiederum gefährden könnte“ (Ipsen 2009, S. 58)

Wenn dies richtig ist – und wir finden diese Argumentation mehr als plausibel – dann ist die erklärungsbedürftige Frage, *wie solche privaten Regelwerke entstehen*, die ja nicht vom Himmel fallen, sondern – wie wir es formulieren wollen – eines die Normentstehung begünstigenden Humus bedürfen. Nils Ipsen verweist hier auf den sich in der Tat genau mit dieser Frage beschäftigenden Beitrag von Amitai Aviram (Aviram 2003), der in uns überzeugender Weise herausarbeitet, dass sich private Normensysteme nicht „spontan“, sozusagen aus dem Nichts heraus bilden, sondern *auf einer bereits existierenden institutionellen Infrastruktur aufbauen*, seien dies – seine Beispiele in diesem Kontext sind die *Pax-dei*-Bewegung und die deutsche Hanse – *soziale oder religiöse Netzwerke*; wie diese Kombination von sozialem/religiösem Netzwerk und *„governance by reputation“* funktioniert, erläutert uns Aviram wie folgt:

„The evolutionary process that results in a private legal system has two stages. First, a network creating a centralized bonding mechanism would form (most likely, not as an end of its own, but as a side effect of some other function the network serves). Then, at stage two, the network would undertake regulating behavior, using its enforcement ability. The most ubiquitous example of a network that facilitates centralized bonding is a social network. Social networks use reputation bonds. I argued earlier that reputation bonds are ineffective when individuals expect the network to fail. Many social networks, however, continue to exist over long periods of time – one’s neighbors, for example, will continue to affect one’s social life indefinitely (this subsection will explain, below, why social networks

> may spontaneously form, while regulating networks tend to fail if they form spontaneously). By gossiping about each other within the social network, and by reacting to the gossip according to common norms, the social network can align most members' responses to any member's deviant behavior. When members of the same social circle are also part of another network that attempts to regulate behavior, *they will care for their reputations*, for while the regulating network cannot in itself harm them, the negative reputation they build will carry on to the social network, and there the centralized bonding mechanism will punish them. There is no need for two separate networks, however – one to regulate and the other to punish deviance. If there is demand for certain regulation and networks are the efficient providers, existing networks that enable centralized bonding – such as social networks, religious groups, etc. – will evolve to provide the required regulation. (Aviram 2003, S. 20)

Avirams These ist, dass solche sozialen und/oder religiösen Netzwerke zunächst – in ihrer Frühphase sozusagen – nur Funktionen mit niedrigen Durchsetzungskosten erfüllen, dass aber mit der Stärkung der Durchsetzungsmechanismen der Kostengesichtspunkt an Bedeutung verliert. Wenn also ein Bedarf an Regulierung besteht, so bilden sich – so die Folgerung – die bestehenden Netzwerke weiter, um diese notwendige Regulierung bereitzustellen. Voraussetzung für das Entstehen einer solchen privaten Normenordnung ist aber stets, dass eine netzwerkartig abbildbare, homogene Gruppe existiert, eine *eng verbundene Gemeinschaft*, die durch ähnliche Überzeugungen und Werte miteinander verbunden ist.

Wir lernen aus dem Befund dieser untersuchten Gruppen sozialer Akteure, dass das Entstehen nicht-staatlicher Normensysteme in aller Regel die Existenz sozialer beziehungsweise religiöser Netzwerke voraussetzt, die mittels dieser institutionellen Infrastruktur in der Lage sind, durch den Governance-Modus des *reputation-based rule enforcement* das Verhalten ihrer Mitglieder ziemlich effektiv zu steuern.

b) *Vom strengen Regiment der Zünfte zu branchenspezifischen Codes of Conduct*

aa) Berufsstände als *Private Government*

Als Paradefall eines berufsständischen *private government* gelten die Gilden und Zünfte, über die – wie insgesamt über die Berufsstände (Schmitt 1966; Mayer-Tasch 1971) – schon viel geschrieben worden ist. Wir finden sie insbesondere aus zwei Blickwinkeln interessant.

Der erste Blickwinkel ist ein ökonomischer; aus dieser Perspektive waren Zünfte vor allem *Veranstaltungen der gruppennützigen Wettbewerbsregulierung*, in denen durch den sogenannten *Zunftzwang* unliebsame Konkurrenz unterbunden werden konnte; knapp und bündig heißt es in diesem Sinne in dem Beitrag von Marek Schmidt über *Wettbewerbsregulierung durch Standesorganisationen*:

> „Die überkommenen, an die Ausübung handwerklicher, gewerblicher oder sonstiger Berufe anknüpfenden Verbände des Mittelalters waren die *Zünfte*. Sie entstanden in den städtischen Wirtschaftsräumen des 12. Jahrhunderts. Der obrigkeitlich gewährleistete Beitrittszwang und überregionale Marktaufteilungsvereinbarungen mit anderen obrigkeitlich anerkannten Zünften verschafften ihnen eine *marktbeherrschende Stellung* im Wirtschaftsleben des 15. Jahrhunderts. Der zunehmende *Schutz der Zünfte vor äußerer Konkurrenz* machte die Durchsetzung der ‚Zunfträson' – also die Vermeidung

> und Regelung von wirtschaftlichen Interessenkonflikten unter den Zunftmitgliedern – zum Hauptgegenstand der Zunftordnungen. Im weiteren Verlauf degenerierten die Zünfte zu Versorgungsanstalten für Meisterfamilien. Immer häufiger kam es zur Aufstellung von leistungsfremden Bedingungen für den Erwerb des Meistertitels, die *durch Zunftzwang abgesichert* waren.“ (Schmidt 1993, S. 23)

Der zweite Blickwinkel, mit dem wir uns schon in unserer Habilitationsschrift beschäftigt haben (Schuppert 1981) *ist ein verwaltungswissenschaftlicher*: aus dieser Perspektive geraten Berufsstände, vor allem in Gestalt der Zünfte, in ihrer *Funktion als potentielle Verwaltungseinheiten* in den Blick, und zwar mit folgender Argumentation (Schuppert 1981, S. 100 f.):

In einer arbeitsteiligen Gesellschaft stehen Berufsstände als sozial vorstrukturierte Einheiten bereit, um – sei es in Form von Ständen, von Selbstverwaltungskörperschaften oder von Mitgliedern eines Wirtschaftsrates beziehungsweise einer zweiten Kammer – *als Bausteine der Staatsorganisation zu fungieren*. Berufliche Vereinigungen scheinen nach alledem so etwas wie „in Reserve stehende Verwaltungseinheiten“ zu sein, deren sich der Staat bei Bedarf zur „Disziplinierung von Sozialbereichen“ bedienen kann. Dieses Phänomen findet seine Erklärung, vergewissern wir uns über die spezifischen Funktionen von Zusammenschlüssen der Angehörigen eines Berufes.

Hughes hat in seinem Buch *Men and their Work* die einen Berufsstand ausmachenden Kriterien wie folgt definiert:

> „An occupation consists, in part, of a successful claim of some people to licence to carry out certain activities which others may not, and to do so in exchange for money, goods or services. Those who have such licence will, if they have any sense of self-consciousness and solidarity, also claim a mandate to define what is proper conduct of others toward the matters concerned with their work.” (Hughes 1958, S. 78)

In der Tat kann man es als Charakteristikum jedes Berufsstandes ansehen, dass ihm daran gelegen ist, erstens den Zugang zum Beruf selbst zu regulieren oder zumindest mitzubestimmen, zweitens die beruflichen Standards zu formulieren und drittens die Kompetenz zu besitzen, Verstöße gegen die Berufsdisziplin zu ahnden. Was die Bestrebungen angeht, auf die Rekrutierung des beruflichen Nachwuchses Einfluss zu nehmen, mag hier verwiesen werden auf den Bericht von J. A. C. Grant (Grant 1942) und das – auch bezüglich der möglichen Organisationsformen – materialreiche Buch von Priscilla De Lancy betreffend *The Licensing of Professions in West Virginia* (De Lancy 1938).

Einer der wesentlichsten Gründe für diese *zünftlerischen Tendenzen* – neben dem Schutz vor unqualifizierter Konkurrenz und sich den Berufsnormen nicht fügen wollenden Außenseitern – ist die Beziehung zwischen dem jeweiligen Berufsstand und seiner Klientel. Bei den Berufen mit notwendig höherer Qualifikation – was etwa für die sogenannten Freien Berufe zutrifft – kann sich der die Dienste eines Rechtsanwaltes oder Arztes in Anspruch nehmende Klient kein eigenes Urteil über die Güte der Dienstleistung bilden. Will der Berufsstand sich nicht von seinen Klienten oder dem Gesetzgeber als einer Versammlung von Laien die beruflichen Standards vorschreiben lassen, muss er versuchen, sie selbst

auf möglichst hohem Niveau zu formulieren und auf ihre Einhaltung zu achten. Bei Hughes liest sich dieser Sachverhalt so:

> „They do not want the client to make an individual judgment about the competence of practitioners or about the quality of work done for him. The interaction between professional and client is such that the professionals strive to keep all serious judgments of competence within the circle of recognized colleagues. A licensing system adds the support of the state to some mechanism established by the profession itself for this purpose. It is as if competence became an attribute of the profession as a whole, rather than of individuals as such." (Hughes 1958, S. 141)

Auf diese Weise stellt sich die *soziale Kontrolle der Gemeinschaft der Berufsangehörigen*, die sie über ihre Mitglieder ausübt, als Methode dar um eine Kontrolle durch Laien zu vermeiden. Ein Versagen bei der Disziplinierung ihrer Mitglieder würde nicht nur einen Verlust an Prestige in der Gesellschaft bewirken, sondern auch die Gefahr heraufbeschwören, ihres Freiraumes verlustig zu gehen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der beruflichen Vereinigung eine Tendenz zur Zunft- oder Gildenbildung innewohnt. Goode (1957) nennt die Berufsstände daher treffend „a community within a community", mit einer Regelungsintensität, die wir als Ausübung von *private government* bezeichnen können. Dass berufständische Vereinigungen dazu neigen, sich quasi-öffentliche Gewalt anzueignen zählt Key jr. daher wohl zu Recht zu „one of the recurring patterns of political behavior" (Key 1942).

Man kann – bei aller Zurückhaltung gegenüber angeblichen Gesetzmäßigkeiten – von einer strukturell bedingten Tendenz beruflicher Vereinigungen sprechen, einen zumindest staatlich anerkannten, wenn nicht halbstaatlichen Status zu erlangen. H. S. Harris hat diese Tendenz und den von ihr implizierten Umschlag von *private* in *public government* wie folgt treffend dargestellt:

> „In any case, the natural tendency of the associations that are formed in this way is to seek to be accepted as public agencies, and be *endowed with public authority*. All such groups, in striving to maintain or restore the threatened equilibrium, seek to legislate for the sphere of human activity with which they are concerned. To the extent to which they are able to do this and obtain the backing of the public authority for what they do, they lose their private character. If, for example, the publicly enforced condition of working at a certain occupation in a given society is that one must join the trade union or professional society, meeting the standards that it sets for entry, and accepting the disciplinary code of behavior that it lays down for its members it appears to me that that aspect of life is not any longer privately, but publicity organized." (Harris 1969, S. 51 f.)

bb) Selbstregulierung durch *Codes of Conduct*: Das Beispiel der internationalen *Financial Community*

Die sogenannten *codes of conduct* (Überblick bei Schuppert 2011c) stellen eine *Form der Selbstregulierung* dar, mit der sich vor allem weltweit agierende Unternehmen – die sogenannten Transnational Corporations (TNCs) – oder bestimmte Branchen einen Verhaltenskodex geben, der als freiwillige Selbstverpflichtung ihrem unternehmerischen Handeln

als Richtschnur dienen soll; insoweit kann man sie als eine spezifische Form von *Verhaltensstandards* bezeichnen. Ihre nahezu epidemische Ausbreitung seit den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts ist das Ergebnis einer sich zunehmend *globalisierenden Wirtschaft* und des gleichzeitig einsetzenden Siegeszuges der Idee einer *corporate social responsibility* (CSR); das Zusammenwirken dieser beiden Faktoren wird in dem programmatischen, von Rhys Jenkins für das United Nations Research Institute for Social Development geschriebenen Paper vom April 2001 wie folgt beschrieben:

> „The 1990s saw a proliferation of corporate codes of conduct and an *increased emphasis on corporate responsibility*. These emerged in the aftermath of a period that saw *a major shift in the economic role of the state*, and in policies toward transnational corporations (TNCs) and foreign direct investment. Whereas in the 1970s many national governments had sought to regulate the activities of TNCs, the 1980s was a decade of deregulation and increased efforts to attract foreign investment. A similar trend occurred at the international level, where efforts at regulation had been unsuccessful.
>
> It is in this context that the recent wave of voluntary codes of conduct must be situated. US companies began introducing such codes in the early 1990s, and the practice spread to Europe in the mid-1990s. Voluntary codes of conduct range from vague declarations of business principles applicable to international operations, to more substantive efforts at *self-regulation*. They tend to focus on the impact of TNCs in two main areas: *social conditions and the environment*. A variety of stakeholders, including international trade union organizations, development and environmental NGOs and the corporate sector itself have played a role in the elaboration of codes of conduct for international business.“ (Jenkins 2001, S. iii)

Aber uns geht es hier nicht um das generelle Phänomen von *codes of conduct*, sondern um ihre Funktion als – wie wir es nennen wollen – *„soft normative ordering“* einer bestimmten *community* mit dem ihr eigenen Regelungsbedürfnis. Die *community*, um die es in den nächsten beiden Beispielen gehen soll, ist nicht eine ethnische, religiöse oder standesmäßige, sondern eine mit eher unscharfen Konturen, die Steffen Augsberg in seiner faszinierenden Arbeit über „Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft“ als „reale oder fiktive internationale financial community“ bezeichnet hat (Augsberg 2003, S. 279). Die beiden lehrreichen Beispiele, die wir ausgesucht haben, sind die folgenden:

(1) Der Übernahmecodex

Das Beispiel des sogenannten Übernahmekodex könnte man deshalb für ungeeignet halten, weil er mit Inkrafttreten des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG) am 1. Januar 2002 rechtlich weitgehend obsolet geworden ist; das Gegenteil ist jedoch der Fall, weil es nämlich dieses „Schicksal“ des Übernahmekodexes ist, das uns interessiert und das wir besonders lehrreich finden.

Was zunächst den Hintergrund und die Zielrichtung des Übernahmekodexes angeht, so berichtet Augsberg dazu Folgendes:

> „Der Übernahmekodex enthält Verhaltensvorschriften für Bieter- und Zielgesellschaften im Rahmen öffentlicher Unternehmensübernahmen. Er datiert in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahre 1995, als er die bis dahin geltenden Leitsätze der Börsensachverständigenkommission ersetzte. Vor-

bild für die neue Regelung war der britische City Code on Takeovers and Mergers von 1968. Regelungszweck des Übernahmekodex ist der Anlegerschutz (insbesondere durch Herstellung von Transparenz und Gleichberechtigung) und die Sicherung und Unterstützung eines funktionierenden Marktes. In einer wachsenden globalen Verflechtungen ausgesetzten Wirtschaftsordnung, in der sich nationale Reglementierungen zunehmend an den Erwartungen der realen oder fiktiven internationalen ‚*financial community*' orientieren, kann der Übernahmekodex als Versuch angesehen werden, *internationale Standards auf freiwilliger Basis auch in Deutschland einzuführen*, um damit die Reputation des Finanzplatzes Deutschland zu verbessern." (Augsberg 2003, S. 279)

Interessant ist nun, was Augsberg zur Qualifikation des tätig gewordenen *Normsetzungsgremiums* ausführt: er referiert einerseits, dass die herrschende Meinung *die Börsensachverständigenkommission* als eine rein private Organisation ansieht, stellt aber andererseits diese schlankweg erfolgende Zuweisung zum privat-informalen Sektor in Frage, da dieser Kommission doch – wie wir es formulieren würden – „*Zwitterhaftes*" eigen sei; es heißt dazu bei ihm wie folgt:

„Erstellt wurde der Kodex von der Börsensachverständigenkommission, einer beim Bundesfinanzministerium angesiedelten, diesem jedoch organisatorisch nicht eingegliederten Institution mit der Aufgabe der Beratung der Bundesregierung in Fragen des Kapitalmarkt- und Börsenrechts. Einer denkbaren Qualifizierung als dem informellen Verwaltungshandeln zuzuordnende Empfehlungen des Bundesfinanzministeriums oder der Bundesregierung steht entgegen, dass jede Bezugnahme auf die Bundesregierung oder das Bundesfinanzministerium fehlt und in jeder Verlautbarung zum Übernahmekodex allein die Börsensachverständigenkommission als Urheber genannt wird. Es entspricht daher allgemeiner, offenbar unbestrittener Ansicht, dass der Übernahmekodex ‚ausschließlich eine privatrechtliche Grundlage' hat. Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedschaft in der Kommission auf der Berufung durch das Bundesfinanzministerium beruht. Ihrer Funktion nach ähnelt die Börsensachverständigenkommission den Sachverständigengremien der Kollegialverwaltung. Sie agiert nicht aus eigener Initiative heraus, sondern wird ‚auf Anfrage' der Bundesregierung hin tätig. Ihr kommen zwar in Ermangelung einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage *keine hoheitlichen Befugnisse* zu. Aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung ist dennoch zu fordern, die Einrichtung von der Ebene des Informalen *auf eine höhere Legitimationsstufe* zu erheben und dabei auch Vorgaben zu Organisation (insbesondere Besetzung) und Verfahren festzulegen." (Augsberg 2003, S. 280)

Wie dem auch sei – jedenfalls erließ diese *hybride Normierungsinstanz* den Übernahmekodex, der allerdings – wie schon erwähnt – durch das WpÜG gewissermaßen überholt wurde, da die Bundesregierung es für angemessen und richtig ansah, den ins Haus stehenden EU-Richtlinienvorschlag nicht durch einen informellen Kodex, sondern durch ein förmliches Gesetz umzusetzen, das allerdings die Regelungen des Kodex weitgehend übernahm. Der Erlass des WpÜG illustriert so „*eine normative Regelungstechnik, bei der bisherige selbstregulative Mechanismen staatlich okkupiert und in Gesetzesform überführt werden*" (Augsberg 2003, S. 289); in seinen zusammenfassenden Bemerkungen führt Augsberg dazu Folgendes aus:

„Am Beispiel des WpÜG lässt sich *die Verdrängung von Normen der privaten Selbstregulierung durch staatliches Recht* nachvollziehen. Aber erst die Erfahrungen mit dem Übernahmekodex ermöglichten es, in relativ kurzer Zeit ein derart komplexes Regelwerk zu schaffen. Dessen Ausgestaltung wiederum zeigt, dass die hoheitliche Okkupation des Regelungsbereichs nicht vollständig ist, sondern weiterhin die Interaktion und Kommunikation mit den Betroffenen gesucht wird. Die Vorzüge der Selbstregu-

> lierung, namentlich ihre Flexibilität und Praktikabilität, sollen jedenfalls teilweise erhalten bleiben. *Die private Normsetzung* muss damit, auch wenn sie durch eine ordnungsrechtliche Lösung ersetzt wird, nicht unbedingt als gescheitert angesehen werden, *wirkt* sie doch *in den Normen des Gesetzes inhaltlich und in seiner Verfahrensausgestaltung strukturell fort*.“ (Augsberg 2003, S. 292)

(2) Ehrenkodex für Finanzanalysten

Das zweite lehrreiche Beispiel ist das des Schicksals des Ehrenkodex für Finanzanalysten. Nachdem die Bundesregierung zunächst in diesem Bereich keinen Handlungsbedarf sah, änderte sich diese Einstellung Ende 1999, nachdem Vorwürfe laut geworden waren, Finanzanalysten hätten zu den rapiden Kursverlusten am „Neuen Markt“ durch unsorgfältiges Verhalten beigetragen. Auf Initiative des Bundeswirtschaftsministers – so berichtet Augsberg (2003, S. 308) – wurden dann die Professoren von Rosen und Gerke damit beauftragt, zu prüfen, inwieweit eine Regelung insbesondere der Tätigkeit der Finanzanalysten durch einen Verhaltenskodex erfolgen könnte: Der daraufhin an betroffene Verbände und Unternehmen versandte Fragenkatalog resultierte in einem im Mai 2001 vorgelegten Entwurf eines sogenannten *„Kodex für anlegergerechte Kapitalmarktkommunikation“*, der über die Finanzanalysten hinaus auch weitere Informationsintermediäre mit einbezog.

Diesem Ehrenkodex – auf dessen Regelungen hier nicht näher einzugehen ist – war jedoch insoweit kein großer Erfolg beschieden, als die Bundesregierung – im Gegensatz zum Fall des Corporate Governance Kodex – eine Selbstregelung nicht für ausreichend und eine gesetzliche Regelung für erforderlich hielt; sie entschied sich daher dafür, lediglich einzelne Vorschriften aus dem Kodexentwurf in das *Vierte Finanzmarktförderungsgesetz* zu übernehmen und folgte damit dem in der Börsensachverständigenkommission und insbesondere von der Deutschen Vereinigung für Finanzanalyse und Assetmanagement (DVFA) nachdrücklich vertretenen Vorschlag, die Verhaltenspflichten für Analysten auf eine gesicherte gesetzliche Basis zu stellen. Umsonst war damit die Erarbeitung eines Ehrenkodex für Finanzanalysten aber keineswegs, *da der Gesetzgeber an diese Vorarbeiten anknüpfen und auf ihnen aufbauen konnte*; bei Augsberg heißt es dazu resümierend wie folgt:

> „Zudem ist aber auch der Kodexentwurf nicht als ‚vergebliche Liebesmüh‘ zu disqualifizieren. Ihm kommt unzweifelhaft das Verdienst zu, sich der Aufgabe der Regelung eines Sachbereichs nicht nur unter inhaltlichen, sondern gleichermaßen unter strukturellen, den Normsetzungsmechanismus betreffenden, Gesichtspunkten genähert zu haben. Auch soweit sich der Gesetzgeber gegen die – wie gesehen angreifbaren – Argumente von v. Rosen/Gerke entschieden hat, bleibt als Erkenntnisgewinn die richtige Entscheidung, *dass einer neuen Regulierung zunächst die Analyse verschiedener möglicher Regulierungsmodelle vorausgehen sollte*.“ (Augsberg 2003, S. 315)

(3) Zwischenbilanz

Aus diesen beiden Beispielen kann man – so will uns scheinen – zweierlei lernen:

Erstens bedarf es für die *Herausbildung von Verhaltensnormen* nicht unbedingt eines festen und geschlossenen Governance-Kollektives wie etwa einer Zunft mit Zwangsmitgliedschaft oder des preußischen Offizierskorps. Es gibt auch *communities within the community* mit

offenen Grenzen und typischen, in ihr beheimateten Akteuren, wie etwa die soeben besprochene *financial community* mit Anlegern, Banken und Ratingagenturen oder die *scientific community*, die sich – wie etwa der zentrale Akteur „Deutsche Forschungsgemeinschaft" – Verhaltensregeln für „good science" gegeben hat.

Zweitens zeigen diese Beispiele, dass Regelsetzung nicht entweder nur als staatliche Rechtsetzung oder als nicht-staatliche, private Selbstregulierung stattfindet; vielmehr handelt es sich offenbar häufig um einen *arbeitsteiligen Normierungsprozess*, bei dem der *nichtstaatlichen Regelerarbeitung* die Rolle zufällt, *akzeptanzfähige sachverstandsgetränkte Regelungsmodelle zu entwerfen*, die bei Bedarf und nach politischer Opportunität vom staatlichen Gesetzgeber teilweise oder nahezu gänzlich übernommen werden; man könnte daher insoweit von einer *Koproduktion von Recht* und damit eines wesentlichen Teils von Staatlichkeit sprechen.

c) *Das Recht der Kaufleute – Zur Entwicklung des Handelsrechts als eigenständigem Rechtskorpus*

aa) Die Kaufmannschaft als Governance- und Regelungskollektiv

Wenn unsere diesem ersten Kapitel zugrundeliegende These richtig ist, dass Governance-Kollektive aus organisationssoziologischen Gründen in aller Regel ein eigenes Regelungsregime zu errichten suchen und Governance-Kollektive daher auch immer Regelungskollektive sind, dann müssten wir hinsichtlich des Regelungsregimes des Handelsrechts zunächst nach einem entsprechenden Governance-Kollektiv Ausschau halten. Und in der Tat gibt es ein solches, das wir als Kaufmannschaft bezeichnen wollen, ein Kollektiv, das sich seit dem 11. Jahrhundert auszubilden begann und mit der sogenannten „kommerziellen Revolution" rasch an Konturen gewann; ganz in diesem Sinne heißt es in Harold J. Bermans Buch *Recht und Revolution* (1991) kurz und bündig wie folgt: *„Die Entstehung einer Kaufmannsklasse war eine notwendige Vorbedingung für die Entwicklung eines neuen Handelsrechts."* (Berman 1991, S. 529)

Dies dürfe aber – so fährt er fort – nicht dahin missverstanden werden, dass das Recht immer nur als eine Folgeerscheinung des sozialen und wirtschaftlichen Wandels anzusehen sei; vielmehr sei das Recht selbst Bestandteil dieses Wandels, flankiere und ermögliche ihn. Wir haben allen Anlass, dieser Auffassung zuzustimmen, haben wir doch bei unserer Beschäftigung mit dem Thema *Globalisierungsgeschichte als Governance-Geschichte* (Schuppert 2014) gelernt, dass ohne die Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für einen bargeldlosen Zahlungsverkehr die kommerzielle Revolution so nicht hätte stattfinden können. Aber nicht nur wegen dieser Übereinstimmung in der Sache zitieren wir die nachfolgende Passage, sondern auch deshalb, weil in ihr zutreffend die *Ermöglichungsfunktion von Recht* anklingt, die unseres Erachtens häufig sträflich vernachlässigt wird (zur Bereitstellungsfunktion des Rechts siehe Schuppert 1993):

„In Wirklichkeit bot die neue Rechtswissenschaft des 11. und 12. Jahrhunderts einen Rahmen für die Institutionalisierung und Systematisierung der Handelsbeziehungen in Übereinstimmung mit neuen Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen. Ohne die neuen juristischen Einrichtungen wie den veräußerlichen Wechsel und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ohne die Reform der veralteten Handelsgepflogenheiten der Vergangenheit, ohne Handelsgerichte und Handelsgesetzgebung hätten die anderen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse nach Veränderung keine Wirkungsmöglichkeit gehabt. Die kommerzielle Revolution trug also zur Entstehung des Handelsrechts bei, dieses aber auch zur kommerziellen Revolution." (Berman 1991, S. 530 f.)

An dieser Entstehung eines eigenen Rechtskorpus des Handelsrechts hatte auch die Kaufmannschaft selbst einen großen Anteil:

„Es ist […] für die Zeit kennzeichnend, dass die erste Entwicklung des Handelsrechts weitgehend […] den Kaufleuten selbst überlassen blieb, die internationale Messen und Märkte organisierten, Handelsgerichte bildeten und Vertretungen in den neuen Städten errichteten, die in ganz Westeuropa aufschossen." (Berman 1991, S. 537)

Da wir im Verlaufe dieses Kapitels schon gelernt haben, dass beim Thema „Recht" stets auch die Dimension seiner Durchsetzbarkeit mit bedacht werden muss, sollten wir einen kurzen Blick auf die von Harold J. Berman angesprochenen Handelsgerichte werfen; unter der treffenden Überschrift *„Kollektive Rechtsfindung: Die Handelsgerichte"* heißt es dazu bei ihm wie folgt:

„Die Markt- und Messegerichte waren, wie die Feudal- und Gutsgerichte, *nichtprofessionelle Gemeinschaftstribunale*; die Richter wurden von den Kaufleuten des Marktes oder der Messe aus ihrer Mitte gewählt. Auch die Zunftgerichte waren nichtprofessionelle Tribunale, sie bestanden gewöhnlich nur aus dem Leiter der Zunft oder seinem Vertreter, doch oft wurden von ihm zwei oder drei Zunftmitglieder als Beisitzer in Handelssachen zugezogen. Gelegentlich war auch noch ein gelernter Jurist Beisitzer. Berufsnotare wirkten oft als Gerichtsschreiber, die sich um die juristischen Formalitäten kümmerten. Auch die städtischen Handelsgerichte bestanden oft aus Kaufleuten, die von ihresgleichen gewählt wurden. Ein Mailänder Gesetz von 1154 führte *die Wahl von ‚Kaufmannskonsuln' als Richter in Handelssachen* ein, und dieses System der Konsular-Handelsgerichte verbreitete sich auf viele italienische Städte. Fremde Kaufleute konnten Landsleute als Richter wählen. Die Konsular-Handelsgerichte in den Stadtrepubliken Norditaliens dehnten ihre Rechtsprechung allmählich auf alle Handelssachen in der Stadt aus. Andere europäische Städte übernahmen die italienische Institution des Kaufmannskonsuls oder entwickelten ähnliche Institutionen zur *Behandlung von Handelssachen durch Kaufleute als Richter*. In einigen Ländern wurden die Kaufmannsgilden und die Märkte und Messen der königlichen Autorität unterstellt, doch auch da wurde das Handelsrecht im allgemeinen weiter von Kaufleuten als Richtern angewandt." (Berman 1991, S. 546 f.)

Wie eine gezielte Zusammenfassung unseres Gliederungspunktes „Die Kaufmannschaft als Governance- und Regelungskollektiv" lesen sich die folgenden Bemerkungen Bermans, mit denen wir diesen Punkt beenden wollen:

„Das Handelsrecht galt also für eine bestimmte Klasse von Personen (die Kaufleute) an bestimmten Orten (Messen, Märkten und Seehäfen) sowie für die Handelsbeziehungen in den Städten. Es war verschieden vom Kirchen-, Feudal-, Guts-, Stadt- und Königsrecht, hatte aber besonders enge Verbindungen zum Stadt- und zum Kirchenrecht." (Berman 1991, S. 538)

Diese manchen Leser vielleicht erstaunende Nähe des Handelsrechts zum Kirchenrecht ist leicht erklärbar, geht es doch im Kaufmannsrecht immer auch darum, was man darf – Stichwort: gerechter Preis – und was man nicht darf – Stichwort: Wucher; für diese – wenn man so will – *Kaufmannsethik* gibt es ein seit Jahrhunderten verwendetes und griffiges Bild, nämlich das des „ehrbaren Kaufmanns".

bb) Der ehrbare Kaufmann – Zur Wirkmächtigkeit eines traditionsreichen Narrativs

Bei unserer Beschäftigung mit den Fernhandelskaufleuten als Pionieren der Globalisierungsgeschichte und der Hanse als einem besonders interessanten Beispiel für ein mächtiges Governance- und Regelungskollektiv (näher Schuppert 2014, S. 36 ff.) haben wir gelernt, wie wichtig die Berufung auf die Grundsätze eines ehrbaren Kaufmanns war und nach wie vor ist; darauf muss hier verwiesen werden.

Wir nehmen aber die Strahlkraft dieses Narrativs vom ehrbaren Kaufmann zum Anlass, einen Blick auf die *enge Verbindung zweier normativer Ordnungen* zu werfen – des Handelsrechts und des Kirchenrechts – Normenordnungen nämlich, die zwar gänzlich unterschiedlichen Ursprungs sind, in diesem Punkt aber *ähnliche Regelungsziele* verfolgen. So heißt es unter der Überschrift „Kirchliches Recht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert" zur *Verbindung von Moraltheologie und Kaufmannsrecht* bei Thomas Duve anschaulich wie folgt:

> „Wenige Jahre nach dem Abschluss des Trienter Konzils erscheinen in der spanischen Monarchie einige Werke, die man als populäre spätscholastische Vertragsrechtsliteratur bezeichnen könnte – Texte, die auf die Kaufleute und Händler zielten und diesen die Grundsätze des Vertragsrechts nahebrachten. Solche *moraltheologischen Abhandlungen zum Vertragsrecht* hatte es natürlich schon im Spätmittelalter gegeben. Doch nun erscheint eine beachtliche Zahl und findet rasche Verbreitung auch in den außereuropäischen Territorien. Die wohl bekanntesten dieser Werke sind die Tratos y contratos de mercaderes (1569, ab der zweiten Auflage: Summa de tratos y contratos) von Tomás de Mercado, die Arte de los contractos von Bartolomé Frías de Albornoz (1573) und der Tratado utilísmo de todos los contratos von Francisco García (1583)." (Duve 2011, S. 160)

Da es sich beim Handelsrecht wie dem kanonischen Recht um zwei selbständige Rechtsordnungen handelte, war auch der Fall einer *Normenkollision nicht auszuschließen*, eine Situation, zu der Harold J. Berman Folgendes angemerkt hat:

> „Der Kaufmannsstand hatte sein Recht, die lex mercatoria, ebenso wie die Kirche ihr Recht hatte, das ius canonicum. Natürlich waren die Kaufleute Mitglieder der Kirche und als solche dem kanonischen Recht unterworfen, doch sie waren auch Mitglieder des Kaufmannsstandes und als solche dem Handelsrecht unterworfen. Wenn die *beiden Rechtskorpora in Konflikt gerieten*, so war vielleicht nicht klar, welcher gelten sollte. Beide hatten vielleicht recht. Nur die Zeit konnte den Konflikt lösen." (Berman 1991, S. 545)

cc) Zum Universalitätsanspruch des Handelsrechts – *Lex Mercatoria* als transnationales Recht?

Der Handel und insbesondere der Fernhandel verlangt wegen seines notwendig grenzüberschreitenden Charakters nach einem Rechtsregime, das nicht an territoriale Grenzen gebunden ist und überall dort gilt, wo Handel getrieben wird. Deshalb ist das Handelsrecht einer der aussichtsreichsten Kandidaten für ein Recht mit universalem Geltungsanspruch; dass dies auch ab dem 15. Jahrhundert so gesehen wurde, belegt Harold J. Berman mit den folgenden eindrucksvollen Zitaten:

> „Die Universalität des Handelsrechts zur Zeit seiner Entstehung und danach wurde von allen Analytikern betont. 1473 erklärte der englische Kanzler, ausländische Kaufleute, die sich an ihn um Rechtshilfe wandten, bekämen Recht gesprochen ‚nach dem Naturrecht am Kanzlergericht … das einige als Handelsrecht bezeichnen, welches *das universale Recht der Welt* ist'. Im ersten englischen Buch von 1622 über das Handelsrecht, ‚Consuetudo vel lex mercatoria, or the Ancient Law Merchant', stellt der Verfasser Gerard Malynes fest: ‚Ich habe diesem Buch den alten Titel ‚Lex mercatoria' gegeben …, weil es sich um das von der Autorität aller Königreiche und Gemeinwesen anerkannte Recht handelt und nicht um ein durch die Souveränität irgendeines Fürsten geschaffenes Recht.' Und Blackstone schrieb Mitte des 18. Jahrhunderts: ‚Die Handelsgeschäfte werden von einem eigenen Recht namens *Law Merchant oder lex mercatoria geregelt, das alle Länder übereinstimmend anerkennen*, und insbesondere hat es als Teil des englischen Rechts zu gelten, das die Streitfälle von Kaufleuten nach den allgemeinen Grundsätzen entscheidet, die für alle inländischen Handelsgeschäfte gelten, etwa für die Ausstellung, Annahme und Weitergabe von Wechseln.'" (Berman 1991, S. 539 f.)

Aber nicht nur in seiner Entstehungszeit galt das Recht der Kaufleute seinen Zeitgenossen als *ein transnationales Recht*; gerade der gegenwärtigen Rechtstheorie gilt die neue, an das mittelalterliche Erbe anknüpfende *lex mercatoria* als Paradebeispiel nicht nur eines transnationalen, sondern eines *zivilgesellschaftlich erzeugten, nicht-staatlichen Rechts* (siehe mit weiteren Nachweisen Schuppert 2011c); einer der prominentesten Vertreter dieser Schule – Gralf-Peter Calliess will dieses transnationale Recht wie folgt verstanden wissen:

> „Transnationales Recht bezeichnet eine dritte Kategorie von autonomen Rechtssystemen jenseits der traditionellen Kategorien des staatlichen nationalen und internationalen Rechts. *Transnationales Recht wird durch die Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen* und entwickelt: (1) Es ist auf (a) allgemeine Rechtsprinzipien sowie (b) deren Kondensation und Konfirmation in zivilgesellschaftlicher Praxis (Übung) gegründet, (2) seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung obliegt – jedenfalls vornehmlich – *privaten Anbietern alternativer Streitschlichtungsmechanismen*, und (3) sein Zwangscharakter beruht auf der rechtsförmig organisierten Anordnung und Vollziehung sozialökonomischer Sanktionen. Schließlich findet (4) eine Kodifikation transnationalen Rechts – wenn überhaupt – in Form von allgemeinen Prinzipien- und Regelkatalogen, standardisierten Vertragsformularen und Verhaltenskodizes statt, die von *privaten Normierungsinstitutionen* aufgestellt werden." (Calliess 2004, S. 244)

Mit diesen Hinweisen wollen wir es hier bewenden lassen, da wir im fünften Kapitel auf den Begriff des Rechts noch ausführlich zu sprechen kommen werden.

4. Personale Governance-Kollektive und ihre sie konstituierenden Ehrvorstellungen

a) *Duellzwang und Offiziersehre: Zum Narrativ eines spezifischen Ehrbegriffs des Offiziersstandes*

Über das, von uns bereits gestreifte, Phänomen des Duells und seine Bedeutung in der militärisch gefärbten Gesellschaft des 19. Jahrhunderts gibt es glücklicherweise das schöne Buch von Ute Frevert (1991) mit dem passenden Titel *Ehrenmänner*, das unter dem uns interessierenden Gesichtspunkt von Governance-Kollektiven als Regelungskollektive sowie von spezifischen normativen Ordnungen, die möglicherweise sogar mit der staatlichen Rechtsordnung in Konflikt geraten, eine wahre Fundgrube darstellt; wenn wir nun in dieser Fundgrube etwas stöbern, so kommen wirklich erstaunliche und eindrucksvolle Dinge zum Vorschein.

aa) Bedeutung und Funktion der Duellpraxis

Beginnen wollen wir mit einigen Überlegungen und Betrachtungen Ute Freverts zu Bedeutung und Funktion der Duellpraxis und seiner Verankerung im Ehrbegriff des adligen Offiziersstandes und des sich am Leitbild des Reserveoffiziers orientierenden Bürgertums. Dabei fällt als erstes auf – und dieses Phänomen kennen wir schon aus William Goldings Roman *Herr der Fliegen* und aus den Popitz'schen Beispielen der Herausbildung von Machtstrukturen in verschiedenen „totalen Institutionen" –, dass die Praxis des Duells nicht nur auf dem Pfeiler gesellschaftlichen Zwanges aufruhte, sondern von den Angehörigen der Kollektive des Offizierkorps und der höheren Beamtenschaft *auch innerlich bejaht* wurde; bei Ute Frevert heißt es dazu wie folgt:

> „Zeigt uns das Duell doch ein Doppelgesicht, zwischen dessen Hälften eine eigentümliche Spannung besteht: Auf der einen Seite erblickt man eine gesellschaftliche Konvention, der in bestimmten sozialen Institutionen und Verkehrskreisen unbedingter Gehorsam gezollt werden mußte. Auf der anderen Seite enthüllen sich ein individuelles Verhalten und eine kulturelle Praxis, deren Bedeutung in jenen äußeren Regeln und Vorgaben nicht restlos aufging und daher auch nur begrenzt durch Kategorien wie soziale Macht und Klassenverhältnisse erklärbar ist.
>
> Vor allem diese *Dimension individueller Motive und sozialen Sinns* ist es, die bei Zeitgenossen des ausgehenden 20. Jahrhunderts gravierende Verständnisschwierigkeiten hervorruft. Daß Männer sich duellierten, weil sie im Weigerungsfall ihre Stellungen als Offiziere oder höhere Beamte verloren hätten, ist auch heute noch leicht nachzuvollziehen. Daß sie aber im gleichen Atemzug von Mut und Männlichkeit, von Persönlichkeitswahrung und Individualitätswillen, von Antimaterialismus und Ehrgefühl sprachen, mutet hundert Jahre später fremd und seltsam an. Das, was Duellanhänger des 19. Jahrhunderts die ‚ideale Seite' des Ehrenzweikampfs nannten, ist dem Blickfeld heute gänzlich entschwunden." (Frevert 1991, S. 10 f.)

Sich zu duellieren, war nun nicht etwa eine nicht weiter ernst zu nehmende Marotte von Leuten, die einem überständigen Ehrbegriff anhingen, sondern eine weit verbreitete gesellschaftliche Praxis, die zu in der Literatur häufig beschriebenen „sozialen Dramen" führte –

man denke nur an Landrat Innstetten in Fontanes Effi Briest; aber nicht diese individuellen Konsequenzen sind es, die Duell und Offiziersehre interessant machen, sondern ihre *Funktion als Spiegel eines besonderen Verhältnisses von Staat und Gesellschaft* sowie die ihnen innewohnende Sprengkraft, das staatliche Gewalt- und Rechtsetzungsmonopol in Frage zu stellen:

> „Ausgehend von der Annahme, daß sich in der Praxis des Duells – als szenischem Höhepunkt eines ‚sozialen Dramas' – ebenso wie in deren zeitgenössischer Reflexion zentrale Strukturprinzipien der deutschen Gesellschaft des 19. und frühen 20. Jahrhunderts abbildeten, geraten die *Funktionen in den Blick, die das Duell speziell für die Lebensführung und Distinktionsstrategien adlig-bürgerlicher Oberschichten wahrnahm*. Indem es aber auch heftige innere Widerstände und äußere Kritik provozierte, bietet es darüber hinaus die Chance, Konfliktlinien und Bruchstellen in den Binnenbeziehungen und Außenkontakten dieser Schichten aufzufinden. Nicht zuletzt vermag eine Geschichte des Duells neues Licht auf das vieldiskutierte Verhältnis von Staat und Gesellschaft zu werfen. Da *der private Ehrenzweikampf das physische Gewaltmonopol des Staates in Frage stellte*, vermitteln die Reaktionen staatlicher Behörden, Gerichte und Rechtswissenschaftler interessante Einblicke in *prinzipielle Auseinandersetzungen um Geltungsgrundlagen und Konstitutionsmerkmale bürgerlichen Rechts sowie um Motive und Grenzen staatlicher Regelungsansprüche.*" (Frevert 1991, S. 16 f.)

bb) Das Offizierskorps als korporativer Träger einer normativen Ordnung

Diese Infragestellung konnte nur von einem wirkmächtigen nicht-staatlichen Governance-Kollektiv ausgehen und ein solches war das Offizierskorps in der Tat:

> „Daß Duelle in der Armee eine mächtige Bastion fanden und hier besondere obrigkeitliche Unterstützung genossen, ist gesellschaftsgeschichtlich von hoher Brisanz, sobald man sich die *prominente Rolle des Militärs in Staat und Gesellschaft des 19. Jahrhunderts* vergegenwärtigt. Vor allem in Preußen, in weniger ausgeprägter Weise aber auch in Bayern, Sachsen oder Württemberg *repräsentierte die Armee einen Staat im Staate*, der sich, unter direkter königlicher Kommandogewalt stehend und mit einer eigenen Gerichtsbarkeit ausgestattet, nachdrücklich von der zivilen Gesellschaft abhob. Zugleich aber wirkte sie auf vielfältige und sehr massive Weise in die Zivilgesellschaft hinein, ein Vorgang, der gemeinhin mit dem Begriff der *‚sozialen Militarisierung*' umschrieben wird." (Frevert 1991, S. 88)

Wie sehr der Ehrenkodex des Offiziersstandes als *korporative normative Ordnung* fungierte, hat Ute Frevert in beeindruckender Weise herausgearbeitet, indem sie den preußischen General von Müffling mit dem Ausspruch zitiert: „Die Welt muss es wissen, daß Ehre ihm [dem Offizier, G. F. S.] alles und die Gefahr nichts gilt" und sodann erklärt, was diese Welt eigentlich ist, nämlich der *Mikrokosmos eines privilegierten Standes*:

> „‚Die Welt' war in diesem Fall identisch mit den Standesgenossen des Duellanten, die peinlich genau darauf achteten, daß ihr auf den Besitz von Ehre und den Beweis von Mut ausgerichteter Verhaltenskodex von keinem Mitglied des Offiziersstandes verletzt wurde. *Die Ehre des Offiziers war per definitionem Standesehre, korporativ verfaßt, normiert und kontrolliert*. Für sie galt in besonderer Weise die Beobachtung Georg Simmels, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts ebenso wie Max Weber *Ehre als Medium ständischer Vergesellschaftung* begriff, aber intensiver als Weber auf die Verknüpfung von individueller und Standesehre hinwies. Ehre sei, so Simmel, neben Moral und Recht ein zentrales Mittel sozialer Selbsterhaltung, das von jenen ‚Sondergruppierungen' genutzt werde, welche zwischen Gesellschaft und Individuum stünden. Während das Recht die ‚Selbsterhaltungsform' der Gesellschaft und

> Moral die des Individuums sei, repräsentiere *Ehre ein Standesphänomen*, das sich um so deutlicher auspräge, je größer die *innere Kohäsion des Standes* sei. Zweck der Ehre sei es, einen sozialen Kreis ‚in seinem Zusammenhalt, seinem Ansehen, der Regelmäßigkeit und Fördersamkeit seiner Lebensprozesse' zu stabilisieren und gegen andere ‚Kreise' oder Stände abzuschließen." (Frevert 1991, S. 99 f.)

Dass das in sich abgeschlossene Offizierskorps geradezu als Musterbeispiel eines *Governance-Kollektives mit eigener Normenordnung* gelten kann, kommt auch in der nachfolgenden Passage zum Ausdruck, vor allem in dem darin in Bezug genommenen Ausspruch des preußischen Generals von Borstell, der militärische Ehrenkodex sei ein perfektes *„Bindungs- und Verwarnungsmittel*":

> „Den besten Beweis für die Angemessenheit dieser soziologischen Kategorisierungen führte das Offizierskorps, das aufgrund seiner sozialen Abgeschlossenheit optimale Bedingungen für die Ausformung einer besonderen, korporativ normierten und individuell praktizierten Ehre bot. Sie übernahm, wie sich der preußische General von Borstell 1821 ausdrückte, die Funktion eines ‚Bindungs- und Verwarnungsmittels', das besser als alle Disziplinargesetze in der Lage sei, den Offiziersstand ‚in sich einig und rein und bei den Gebildeten und Ungebildeten in allen Volksständen in Achtung (zu) erhalten'. Stellte sie einerseits die korporative Gleichheit der Offiziere unabhängig von Dienstalter und Rangstufe her, sicherte sie andererseits die innere Homogenität des Standes, der *Ehre als ein verbindliches Lebensprinzip* statuierte. Als solches fungierte sie zugleich als Unterscheidungszeichen gegenüber Außenstehenden, als ein besonderes *Distinktionsmerkmal des Offizierkorps*, dessen Ehre so hoch zu veranschlagen war, daß sie das Opfer physischer Verletzung allemal wert schien." (Frevert 1991, S. 100)

Eine solche gesellschaftliche Praxis wie das Duellwesen bedurfte wegen der mit ihr verbundenen Gefahr, soziale Dramen auszulösen und mit der staatlichen Rechtsordnung und seinem Duellverbot in Konflikt zu geraten, ganz offensichtlich *eines strikten Rechtfertigungsnarratives*; in diese Erzählung wollen wir jetzt kurz hineinhören.

cc) Zum Rechtfertigungsnarrativ einer spezifischen Offiziersehre

An der großen Erzählung von der besonderen Stellung des Offiziers und dem daraus folgenden besonderen, das heißt von der allgemeinen bürgerlichen Gesellschaft abweichenden Ehrbegriff haben sich viele beteiligt; eine besonders prominente Stimme ist die Prinz Wilhelms, des späteren preußischen Königs und deutschen Kaisers Wilhelm I., der sich – wie Ute Frevert zu berichten weiß – dazu im Jahre 1846 wie folgt eingelassen hat:

> „Weniger berufsständisch als politisch hatte der streitbare Prinz zwei Jahre zuvor im preußischen Staatsrat argumentiert, als es um die Revision des Injurienstrafrechts ging. In einem Minderheitenvotum plädierte er dafür, an der bisherigen Regelung festzuhalten, wonach die *Beleidigung von Offizieren härter bestraft wurde als die von Zivilpersonen*. Immerhin habe ‚die Ehre und eben deshalb auch die Ehrenkränkung beim Offiziersstande einen ganz anderen Charakter und eine ganz andere Bedeutung als bei den anderen Ständen … *Die Ehre und Ehrenhaftigkeit sei für den Offiziersstand* das erste Erfordernis, *die erste und höchste Bedingung seines Berufs*. In diesem Sinne sei die gegen Offiziere begangene Ehrenkränkung, als seine wesentliche Bedingung, ja seine Existenz angreifend, ein besonders schweres Verbrechen, was um so mehr eine schwere Ahndung erheische, als die Gesetzgebung, namentlich die des Preußischen Staats, auf Erhaltung und Belebung des Gefühls der Ehrenhaftigkeit im Offiziersstande,

dem er zum großen Teil seine Macht verdanke, vorzugsweise Bedacht nehmen müßte. Das Interesse des Staats an der Ehre des Offiziersstandes, was bei keinem andern Stande in gleichem Maße eintrete, weil die Ehrenhaftigkeit des Offizierstandes die Basis für die Sicherheit und Existenz des Staats sei, scheine ein vollkommen durchgreifender Grund, um Injurien gegen Offiziere anders zu behandeln als Injurien gegen andere Personen.'" (Frevert 1991, S. 92 f.)

Diese Art der Argumentation war offenbar weit verbreitet: Wenn aber der Ehrbegriff des Offiziers so emphatisch überhöht wurde, erschien die Erwartung gegenüber dem Offizier, sich über das bürgerliche Recht hinwegzusetzen und sich primär der korporativen Standesordnung verpflichtet zu fühlen, nur konsequent. Diese *Situation der Normenkollision* wurde auch klar gesehen, und angesichts des Rechtfertigungsnarrativs von der besonderen Offiziersehre konnte auch nicht zweifelhaft sein, wie diese Kollision aufzulösen war. Ute Frevert lässt zu diesem Punkt den Chef der Admiralität von Caprivi wie folgt zu Worte kommen:

„Noch deutlicher nahm 1888 der Chef der Admiralität von Caprivi, der 1872 ebenfalls der Revisionskommission angehört hatte, in einem Erlaß an das Offizierskorps der Marine zum Duellzwang Stellung. Der spätere Reichskanzler setzte sich zunächst mit Schwung über den offenkundigen *Widerspruch zwischen strafgesetzlichem Duellverbot und militärischer Duellkonvention* hinweg. Zwar habe die neuere Gesetzgebung die gerichtliche Bestrafung des Zweikampfs verfügt, jedoch ‚ohne daß dadurch Änderungen im Verhalten der Offiziere bei Beleidigungen und Streitigkeiten bedingt wären. Denn es muß nach wie vor von dem Offizier verlangt werden, daß er den Anforderungen der Standessitte genügt, auch wenn die allgemeinen Gesetze ihn deshalb mit Strafe bedrohen. Wo die eigene Ehre und die des Offizierstandes auf dem Spiel steht, kann die von dem Gesetz verlangte Bestrafung nicht ins Gewicht fallen.'" (Frevert 1991, S. 114)

Diese Position erfreute sich allerhöchster Billigung, obwohl sie angesichts fortschreitender gesellschaftlicher und politischer Demokratisierungsprozesse immer mehr unter Druck geriet. Ute Frevert erklärt sich dies – und man wird dies plausibel finden müssen – aus einer gezielten politischen Strategie, mit der klargestellt werden sollte, dass das eigentliche Fundament des preußischen Staates in der besonderen Stellung seines Militärs und dessen Loyalität bestehe; zusammenfassend heißt es dazu bei ihr wie folgt:

„Daß dieser Zielkonflikt im Kaiserreich offenbar nicht lösbar war, verweist erneut auf den gleichsam extrakonstitutionellen und übergesetzlichen Status des Militärs, der vom Obersten Kriegsherrn gegen jede Kritik verteidigt und abgesichert wurde. Indem er das Duell als Standespflicht der Offiziere nicht nur tolerierte und schützte, sondern autoritativ einforderte, setzte sich der Kaiser über gültige Rechtsnormen hinweg; obwohl die Zweikampfbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs seit 1873 formell auch für Offiziere galten, wurden sie nicht als verbindliche Verhaltensrichtschnur akzeptiert. ‚Wie wir als Offiziere zu handeln haben', war 1896 im offiziösen ‚Militär-Wochenblatt' zu lesen, ‚das ist uns vorgeschrieben durch Befehle, Verordnungen und durch die *festen Sitten und Traditionen unseres Standes. Das sind unsere Gesetze, das ist unsere Obrigkeit*. Kommen wir dadurch in Konflikt mit den Reichsgesetzen, so sind wir bereit, die Folgen zu tragen.' […]

Wenn Kaiser und Militäradministration trotz massiver öffentlicher Kritik und wachsendem parlamentarischen Widerstand an dieser Protektion festhielten, mußten sie es mit der Herausforderung ernst meinen. Tatsächlich spricht manches für die Vermutung, *daß der obrigkeitliche Duellzwang als politisches Signal gedacht war*, welches die exzeptionelle Position des Militärs und seine besondere Loyali-

tätsbeziehung zur obersten Staatsgewalt betonen sollte. Daß die Zweikampfverordnung von 1843 unmittelbar nach der Gründung des Kaiserreichs aufgehoben und durch eine sehr viel laxere Regelung ersetzt wurde, daß sich der praktische Duellzwang seit den 1870er Jahren erheblich verstärkte, deutet auf das Interesse hin, *die exklusive und privilegierte Rolle des Offizierskorps hervorzuheben* und vor (staats)bürgerlicher Nivellierung zu bewahren.“ (Frevert 1991, S. 119)

dd) Die normative Ordnung des Offiziersstandes im Spiegel populärer Regelhandbücher

Angesichts des schwer fassbaren Ehrbegriffs und der umfassenden „sozialen Militarisierung“ Preußens kann es eigentlich nicht überraschen, dass jemand auf die Idee kam, *die bei Ehrenhändeln zu beachtenden Regeln* aufzuschreiben und zu publizieren; so entstanden entsprechende Ratgeber und Handbücher, über deren Erfolg Frevert Folgendes zu berichten weiß:

> „Über die genauen Regeln und Vorschriften des militärischen Ehren- und Duellkodex gaben […] nicht nur Vorgesetzte und ältere Kameraden Auskunft, sondern zunehmend auch […] Ratgeber und Handbücher. Das erste deutsche Nachschlagewerk über ‚die konventionellen Gebräuche beim Zweikampf‘ wurde 1882 in der Militärzeitung für Reserve- und Landwehroffiziere veröffentlicht und erschien bereits ein Jahr später als Buch, weil es ‚allseitiges Interesse in der Armee erregt‘ hatte. Es enthielt die bislang mündlich überlieferten Regeln, die bei einem Duell zu beachten waren, und reagierte nach Aussage des Verfassers, eines älteren aktiven Offiziers, auf den Mangel solcher Überlieferung im Offizierskorps des Beurlaubtenstandes. Obwohl es darauf aufmerksam machte, daß es keine ‚offiziell genehmigten Vorschriften‘ zusammenfaßte, sondern nur Traditionen weitergeben wollte, *galt es im Offizierkorps bald als offiziöses Regelhandbuch*, das den Offizier über die allgemein gültigen und von ihm zu befolgenden Verhaltenserwartungen bei Ehrenhändeln informierte. […]
>
> Wie stark die Nachfrage nach Ratschlägen dieser Art war, zeigt sich an den hohen Verkaufsziffern der Regelbücher: Die ‚konventionellen Gebräuche‘ erschienen 1911 bereits in der 7. Auflage. Offenbar deckten sie ein allgemeines Bedürfnis nach Orientierung, das zwar besonders bei Reserveoffizieren vorausgesetzt wurde, wohl aber auch bei ihren aktiven Kameraden, von denen immer mehr bürgerlicher Herkunft waren und somit nicht über eine *‚eingeborene Theorie des Duells‘* verfügten, vorhanden war.“ (Frevert 1991, S. 128 f.)

Mit dieser *Kodifizierung der korporativen Standesordnung des Offizierskorps* sei aber – so Ute Frevert – bereits der Prozess seiner sich verflüchtigenden Wirksamkeit in Gang gesetzt worden; mit dieser interessanten *These von der Erosion der fraglosen Geltung eines verinnerlichten Ehrenkodex durch seine buchhalterische Verschriftlichung* sei dieser Gliederungspunkt denn auch abgeschlossen:

> „Die schriftliche Kodifikation der Duellregeln trug aber nicht nur dem Informationsbedürfnis bürgerlicher (Reserve-)Offiziere Rechnung und kam dem Bemühen der Militärbehörden um die wirksame Integration der sozialen Fremdlinge entgegen. Sie leistete darüber hinaus auch einer formellen Institutionalisierung des Zweikampfs Vorschub, der sich von einer mündlich überlieferten, vom Vater auf den Sohn vererbten und unter Offizierskameraden weitergegebenen Tradition zu einer nachlesbaren, erlernbaren Konvention wandelte. Doch ebenso wie die Definition und Formalisierung militärischer Ehre führte auch diese Ver-Regelung des Duells zu einer prekären Ambivalenz: Bezweckte sie einerseits die *Verstetigung eines kollektiven Handlungsmusters*, öffnete sie auf der anderen Seite einer systematischen, bewußt vollzogenen Verletzung dieser Formen und Regeln Tür und Tor. In dem Augenblick,

> in dem eine Tradition festgeschrieben und in ein genau umgrenztes und kodifiziertes Regelkorsett eingeschnürt wurde, *hatte sie ihre fraglose Geltung eingebüßt* und konnte als Kunstprodukt erscheinen, das äußerer Mittel zu seiner Stabilisierung bedurfte." (Frevert 1991, S. 129 f.)

b) Haben Räuberbanden normative Ordnungen? – Das Beispiel der „Diebe im Gesetz"

Diese Frage ernsthaft zu stellen, könnte auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, denn wie sollen Räuber und Diebe – umgangssprachlich häufig als *„gesetzlose Gesellen"* bezeichnet – über eine normative Ordnung verfügen, die als Sollensordnung doch – so sollte man meinen – an das Gemeinwohl rückgekoppelt gehört? Die Frage so zu stellen, heißt aber, einer falschen Fragestellung aufzusitzen, und zwar aus drei ziemlich einleuchtenden Gründen:

Erstens bedeutet die Tatsache, dass Personen, die regelmäßig und absichtsvoll gegen (staatliche) Gesetze verstoßen, nicht etwa, dass diese Personen sich nicht – anders als mit der oben bereits zitierten Frage „Was unterscheidet eine Räuberbande von einer Rechtsordnung?" suggeriert – ihrerseits auf eine unter ihnen geltende Gruppenordnung verständigen können; wie dies von uns sogleich noch ausführlicher zu behandelnde Phänomen der *„Diebe im Gesetz"* zeigt, schließt sich dies keinesfalls aus.

Zweitens wissen wir aus häufig zitierten Arbeiten von Politologen, Soziologen und Wirtschaftshistorikern, dass eine *klare Grenzziehung zwischen Räuberbanden und Staaten*, denen man gemeinhin eine Rechtsordnung attestiert, *nicht einfach ist*. Charles Tilly (1986) hat anhand verschiedener Beispiele eindrücklich dargelegt, wie Räuberbanden zu Staaten mutieren können und der Wirtschaftshistoriker Frederick Lane (1958) hat die frühmodernen Regierungen als gewaltanwendende Unternehmen beschrieben, die die Gewährung von Schutz als besondere Dienstleistung produzieren und verkaufen. Das Monopol über die Zwangsmittel und die *Ökonomie der Schutzgelderhebung* stellen so einen wesentlichen Aspekt der Staatenbildung in Europa dar.

Drittens schließlich möchten wir an den der Governance-Theorie wie der Rechtssoziologie gemeinsamen methodischen Ansatz erinnern, zunächst die real vorfindlichen Governance-Strukturen und das tatsächlich praktizierte Recht zu analysieren und erst in einem zweiten Schritt normative Bewertungen vorzunehmen.

Dies alles vorausgeschickt, sollten wir nunmehr unvoreingenommen prüfen, ob Diebe, Räuber und Banditen eine in ihrer Gruppe verbindliche Gruppenordnung entwickeln und ihre Befolgung sichern.

Ein gutes Beispiel dafür, dass auch „Gesetzlose" strenge normative Ordnungen kennen, sind die sogenannten „Diebe im Gesetz", die *wory w sakone*.

Bislang war uns diese Spezies der organisierten Kriminalität in Russland unbekannt; erst bei den Recherchen zum „Räuberbandenproblem" sind wir auf sie gestoßen und haben aus der Literatur über sie (vor allem Roth 2000a; Volkov 2001; Osterloh 2004) viel gelernt.

Unter dem Gesichtspunkt „Governance-Kollektive und ihre normativen Ordnungen" sind die „Diebe im Gesetz" schlichtweg faszinierend.

Zunächst gilt es zu klären, was „Diebe im Gesetz" eigentlich sind. In dem äußerst differenzierten und lehrreichen Beitrag von Kay Osterloh (2004) – einem bei der Drogenhilfe Nürnberg tätigen Sozialpädagogen mit zahlreichen russischen Klientinnen auch aus der Justizvollzugsanstalt Nürnberg – werden sie in einer Art Kurzportrait wie folgt vorgestellt:

> „Der Ursprung der Bewegung der ‚Diebe im Gesetz' liegt weitgehend im Dunkeln. Manche HistorikerInnen verorten ihn in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Andere sehen deren erstes Auftauchen in der Zeit der Wirren der Oktoberrevolution. Es handelt sich hierbei um *eine Art Geheimbund*, eine *Selbstorganisation von Kriminellen*, die sich eine eigene Verfassung gaben. ‚Einige Kriminologen halten sie für in ihrer Art einmalig, die keine Analoga in der Verbrechergesellschaft anderer Länder hat' […]. Es handelte sich dabei beiweiten nicht nur um klassische Diebe im Sinne des Strafgesetzbuches, sondern um verschiedene Arten von sogenannten ‚Ganoven' und Kriminellen, sozusagen die ‚Aristokratie' der Kriminellen, die sich mit ihrem Organisationsstatut *eine Form von eigenem Gesetz* gegeben hatten, wobei der Begriff ‚Dieb' zu einem ‚Ehrentitel' wurde, der nur durch besondere ‚Leistungen' zu erwerben war. Über die Titelvergabe wachte eine ‚Diebesversammlung', die ‚s'chodka', die auch bei Konflikten als eine Art Schiedsgericht diente. *Das ‚Diebesgesetz' war das einzig verbindliche Regelwerk*, nachdem jeder ‚vor' (dt. Dieb) leben und handeln musste. Gesetze des Staates wurden als feindlich angesehen und schlichtweg ignoriert [...]." (Osterloh 2004, S. 2)

Und der in Bezug genommene Autor Paul Erich Roth ergänzt dieses Porträt um die folgenden Informationen:

> „Wann genau und in welchem Lager erstmals eine Gruppe von ‚Dieben im Gesetz' entstanden ist, lässt sich nicht feststellen. Wahrscheinlich war es Ende der zwanziger Jahre. Der Organisationsprozess in den zahlreichen Lagern des GULAG dehnte sich bis in die dreißiger Jahre hinein. In den Lagern des NKWD befanden sich 1930 1,7 Millionen, in den Lagern der OGPU rund 100.000 Häftlinge.
>
> Die ‚Blatnye'[3] die später den Namen ‚Diebe im Gesetz' annahmen, setzten sich aus Angehörigen von zwei Gruppen von Verurteilten zusammen. Da waren einmal die vorwiegend ‚sozial-gefährlichen Elemente' aus den ‚Žigany' und da waren zum anderen ‚sozial-nahestehende Elemente', die zumeist aus dem Kreis der Diebe und Räuber kamen und sich ‚Urki' oder ‚Urkagany' nannten. Die ‚Žigany' waren aus weltanschaulichen Gründen Gegner des Regimes. Im Machtkampf zwischen den beiden Gruppen siegten die ‚Urky' Die politischen Motive traten in den Hintergrund: ein Dieb sollte stehlen, sich aber nicht mit Politik befassen. *Anfangs der dreißiger Jahre wurde das Diebesgesetz formuliert, die ‚Krönung' zum Dieb wurde zur Voraussetzung für die Zugehörigkeit* zu den ‚Dieben im Gesetz'." (Roth 2000a, S. 725)

Nun ist es an sich nichts Besonderes, dass sich in Gefängnissen und Gefangenenlagern Machtstrukturen und diese abbildende Regeln herausbilden (vgl. Popitz 1992); was aber die „Diebe im Gesetz" so überaus bemerkenswert macht, sind *vier zentrale Merkmale*, die gerade unter dem Gesichtspunkt „Governance-Kollektive und ihre normativen Ordnungen" von allergrößtem Interesse sind.

[3] „Blat" bedeutete in der Gaunersprache: Bekanntschaft, Beziehungen, welche man gesetzwidrig nutzt.

aa) Das Diebesgesetz

Das Diebesgesetz selbst existiert nicht als offiziöser schriftlicher Text sondern ist – wie wohl alle Ehrenkodizes – ein informales Regelwerk. Gleichwohl lässt es sich in etwa rekonstruieren; eine solche rekonstruierte Fassung findet sich bei Kay Osterloh (der sich insbesondere auf ein Buch von Alain Lallemand über die russische Mafia von 1997 bezieht) und hat dort die nachstehende Gestalt:

> „‚1. Der Dieb muss seiner leiblichen Familie den Rücken kehren (Mutter, Vater, Geschwistern). Die kriminelle Gemeinschaft ist seine einzige Familie.
>
> 2. Ein Dieb darf keine eigene Familie gründen (keine Frauen und Kinder haben).
>
> 3. Ein Dieb darf keiner Arbeit nachgehen und nur von den Erträgen seiner kriminellen Handlungen leben.
>
> 4. Ein Dieb muss anderen Dieben *mittels der gemeinsamen Kasse* oder des obschtschak (schwarze Solidarkasse, A.d.V.) moralische und materielle Unterstützung gewähren.
>
> 5. Ein Dieb darf Informationen über Komplizen und deren Aufenthaltsort nur unter dem Siegel der Verschwiegenheit weitergeben.
>
> 6. Ist ein Dieb ins Ziel von Ermittlungen geraten, muss der andere Dieb für seine „Deckung" sorgen und ihm die Flucht ermöglichen.
>
> 7. Tritt innerhalb einer Bande oder zwischen Dieben ein Konflikt auf, muss ein Treffen zur Beilegung dieses Konflikts organisiert werden.
>
> 8. Sofern dies notwendig wird, muss ein Dieb diesem Treffen beiwohnen, um über einen anderen Dieb zu urteilen, wenn dessen Lebensführung oder Verhalten Anlass zu Kritik geben.
>
> 9. Die in diesem Treffen gegen den Dieb ausgesprochene Strafe muss vollstreckt werden.
>
> 10. Ein Dieb muss die Ganovensprache beherrschen.
>
> 11. Ein Dieb darf nur dann an einem Kartenspiel teilnehmen, wenn er genügend Geld hat, um eventuelle Schulden zu bezahlen.
>
> 12. Ein Dieb muss Novizen seine „Kunst" lehren.
>
> 13. Ein Dieb muss immer einen „boy" oder schestjorka in seinem Dienst halten.
>
> 14. Ein Dieb darf nur soviel Alkohol trinken, dass er noch klaren Verstand bewahren kann.
>
> 15. Ein Dieb darf sich unter keinen Umständen mit den Behörden einlassen; ein Dieb nimmt nicht am gesellschaftlichen Leben teil; ein Dieb darf keinen gesellschaftlichen Vereinigungen angehören.
>
> 16. Ein Dieb darf vom Staat keine Waffe annehmen und nicht in der Armee dienen.
>
> 17. Ein Dieb muss jedes Versprechen, dass er einem anderen Dieb gegeben hat, einhalten' […].
>
> Dieser ‚Gesetzestext' erhebt dabei nicht den Anspruch auf absolute Gültigkeit, es ist vielmehr die einzige ausformulierte Version, welche sich in der einschlägigen Literatur finden ließ. Das Regelwerk wurde im Übrigen ständig den neuen Realitäten und Erfordernissen angepasst und hat sich als äußerst flexibel erwiesen.
>
> Wie wir später sehen werden hat dieser Kodex, obwohl er aus den zwanziger Jahren stammt, eine enorme normative Wirkung bis in die heutige Zeit." (Osterloh 2004, S. 3)

Zwei Dinge erscheinen uns an diesem Diebesgesetz besonders hervorhebenswert zu sein. Zunächst einmal – was für jede Art einer normativen Ordnung von zentraler Bedeutung ist – ein bestehendes und befolgtes *Verfahren der Konfliktaustragung*, zum anderen die *Existenz einer gemeinsamen Kasse*, aus der nicht nur jeder Dieb einen Anteil erhält, sondern die vor allem auch dazu dient, jene Mitglieder, die eine Gefängnisstrafe verbüßen, zu unterstützen (Volkov 2001, S. 178).

bb) Die Diebesorganisation als Ordnungsfaktor

Wir sind im Verlauf dieses Kapitels schon wiederholt auf den Begriff der *Ordnungssicherheit* gestoßen und haben gelernt, dass eine wesentliche Funktion des Regelwerks einer Gruppe darin besteht, eine bestimmte Ordnung – ob gerecht oder ungerecht – zu gewährleisten. Wie ein bestätigender Kommentar zu diesem Befund liest sich die folgende Passage bei Kay Osterloh, die sich mit der Organisation der „Diebe im Gesetz“ als Ordnungsfaktor beschäftigt:

> „Die ‚Diebesorganisation‘ brachte es durch ihre straffe Organisation und ihre Skrupellosigkeit bald zum *Ordnungsfaktor*. Im Lager (russ. ‚zona‘) herrschte tagsüber das Wachpersonal und in der Nacht übernahmen die ‚vory‘ das Regime. *Es existierte also faktisch eine Art von tolerierter Doppelgesellschaft*. Die ‚Diebe‘ wurden systematisch als parallele ‚Ordnungsmacht‘ im Lager eingesetzt. Dies diente einerseits der weiteren Demütigung und Terrorisierung der politischen Gefangenen und andererseits entstand so eine Lagerelite, die bei Bedarf entsprechend von der Lagerleitung funktionalisiert werden konnte […]. Der Archäologe Lew Klejn […] beschreibt in seinem Buch ‚Verkehrte Welt‘ seine eigenen leidvollen Erfahrungen in der ‚zona‘ der achtziger Jahre. Trotz einer zaghaften Entstalinisierung nach dem 20. Parteitag 1956 hatte sich in den Lagern nichts entscheidendes geändert. ‚Sobald es dunkel wird und die Offiziere den Block verlassen, erheben jene ihr Haupt, die hier als die wahren Gebieter gelten. Aber auch am Tage spüren alle ihre schweigende Präsenz. Nichts geschieht ohne eine mit Blicken gesteuerte Rückversicherung bei ihnen. Ein solcher geheimer Herr und Gebieter eines Arbeitstrupps wird nachts auf einer Zusammenkunft einflussreicher Ganoven gewählt‘ [...].“ (Osterloh 2004, S. 4)

Wenn dies die innere Funktionslogik des Lagers darstellt, dann kann es nicht überraschen, wenn die Governance-Struktur solcher Lager als Kastenstruktur beschrieben wird:

> „Der ‚glavvor‘ (dt. ‚Diebesoberhaupt‘) oder die ‚avtorität‘ wird für seine gesamte Haftzeit gewählt. Seine Gewalt ist unantastbar. *Das interne Machtsystem stützt sich auf ein Kastensystem*:
>
> 1. Die ‚Diebe‘, arbeiten nicht und üben fast uneingeschränkte Macht aus.
>
> 2. Die ‚Knechte‘, arbeiten den ‚Dieben‘ zu und sind ihre Vollstrecker.
>
> 3. Die sogenannten ‚Ferkel‘ sind die ‚Parias‘ des Lagers. ‚Ein Ferkel ist an seiner gebückten Haltung, dem eingezogene Kopf, dem niedergeschlagenen Äußeren, einer gewissen Ängstlichkeit, Magerkeit und an den blauen Flecken erkennbar‘ […]. Zur ‚Ferkelkaste‘ gehören Homosexuelle, Sexualstraftäter und diejenigen die heute als sogenannte ‚Weicheier‘ oder ‚Warmduscher‘ bezeichnet werden würden.
>
> ‚Die Lagerverwaltung verhält sich so, als wisse sie nichts von dieser *Kastenstruktur*. In Wirklichkeit jedoch ist sie bestens unterrichtet und akzeptiert die Kastenordnung, indem sie sie bei der Besetzung

von Brigadiers-, Ältesten- und anderen Posten berücksichtigt und so erst lebensfähig macht, da sonst solche ‚Ämter' nichts weiter wären als Schall und Rauch. Es gehört zu den Unvorstellbarkeiten im Lager, dass ein Ganove vor einem Knecht oder, noch schlimmer, vor einem Ferkel strammstehen müsste bzw. einem Ferkel Befehlsgewalt über einen Ganoven gegeben wäre. Und daran ist überhaupt nichts Spaßiges' […]. Lew Klejn kommt zu dem Schluss: ‚*das Ganze gleicht einem Echo: auf Gewalt folgt Gewalt, auf Hierarchie eine Hierarchie, auf das System ein System!*' […]. Wie wir sehen werden, ist diese bittere Formel auch in der bundesdeutschen Gesellschaft noch hochaktuell […]." (Osterloh 2004, S. 4 f.)

cc) Die schlechthin zentrale Bedeutung von Gruppenzugehörigkeit und Gruppensolidarität

Wir hatten schon gelernt, dass Gruppennormen die Funktion haben, die Gruppe im Innern zu stabilisieren und nach außen abzugrenzen sowie die Gruppenidentität zu stärken; ganz auf dieser Linie liegen die von Kay Osterloh identifizierten und nachstehend wiedergegebenen Gruppenwerte:

„Die entscheidenden Werte der Gruppe sind:

- Loyalität zur Gruppe nach innen und außen
- Solidarität, in der Gruppe wird geteilt (z. B. auch Alkohol und Drogen)
- Verschwiegenheit nach außen (z. B. gegenüber Polizei und Justiz)
- Sanktionierung von Regelabweichungen (nötigenfalls körperliche Abstrafung)
- Verrat ist dabei die schlimmste Normverletzung

Die Loyalität zur Gruppe kann so weit gehen, dass bei Verdächtigungen bzw. Beschuldigungen die Verantwortung übernommen wird, auch wenn eigentlich ein anderes Gruppenmitglied die Tat begangen hat." (Osterloh 2004, S. 10 f.)

Interessant ist nun, was Osterloh am Beispiel jugendlicher Gruppenmitglieder über das Verhältnis der Gruppennormen als „Eigennormen" zu den außerhalb der Gruppe geltenden „Fremdnormen" zu berichten weiß:

„*Die Gruppe ist für die Jugendlichen das bestimmende Moment*. Ihre Normen und Werte, sowie die Hierarchie in der Gruppe bestimmen ihr Verhalten. Den Regeln und Normativen der ‚Außenwelt' bzw. der Gesellschaft kommt dabei eine zweitrangige Position zu. Diese Treue der Gruppe gegenüber kann bisweilen auch irrationale Züge annehmen. Ein Kollege aus Stuttgart berichtete anlässlich einer Fortbildung von den Erfahrungen mit einer Gruppe russischsprachiger Jugendlicher, die er in einem Jugendgemeinschaftswerk (JGW) machte. Einer der Jugendlichen hatte permanent gegen die allgemein verbindlichen Regeln verstoßen. In Absprache mit den beteiligten KollegInnen wurde schließlich beschlossen, den delinquenten Jugendlichen aus der Freizeitgruppe zu entfernen. Nach erfolgtem Ausschluss bedankte sich die Gruppe bei den MitarbeiterInnen für diese Entscheidung, nicht ohne nachzufragen, warum sie mit dieser Maßnahme solange gezögert hätten. Die MitarbeiterInnen waren entsprechend verblüfft über diesen Kommentar und fragten ihrerseits warum die Gruppe denn nicht selbst aktiv geworden wäre, da ihnen doch offensichtlich selbst bewusst war, dass dieser Jugendliche ihrem Ansehen als Gesamtgruppe nur schaden würde. Die Antwort war in ihrer Logik für die SozialpädagogInnen noch verblüffender. Der junge Mann war mit seinen permanenten Verstößen gegen

> die Regeln des JGW von den Jugendlichen selbst seit längerem als Störfaktor für die Gruppe erlebt worden, hatte aber nicht gegen ihre Normen verstoßen. Er musste also ‚mitgeschleppt' werden, bis die BetreuerInnen zu einer Entscheidung kamen. *Eine Normabweichung vom Gruppenkodex wäre sehr schnell und diskret von den Jugendlichen selbst geahndet worden*. Dieser Bericht zeigt deutlich *die verschiedenen Normensysteme* und ihre Wertehierarchie für die Jugendlichen." (Osterloh 2004, S. 10)

Die zentrale Bedeutung der Gruppe innerhalb der organisierten Kriminalität in Russland wird im Übrigen eindrucksvoll in dem Beitrag von Vadim Volkov über „Gewaltunternehmer im postkommunistischen Russland" (2001) bestätigt, in dem anschaulich geschildert wird, dass diese Gewaltunternehmer aus kleineren Gruppen bestehen, die sich ursprünglich als landsmannschaftliche Gruppen, als Sportgruppen oder was auch immer gebildet hatten, um später als Unternehmer in Sachen „Schutzgewährung" und „gewalttätige Problemlösung" tätig zu sein. Die nachstehend wiedergegebenen Passagen erlauben uns einen kurzen Blick auf die Welt der gruppenmäßig organisierten Kriminalität in St. Petersburg:

> „Viele der Gruppen haben im Lauf der Zeit ihre ursprüngliche Bindung an den obskuren Vorort einer Stadt, einen Sportklub, eine Ethnie oder den Gründer und Anführer verloren. *Die eigentliche Bedeutung des Namens einer kriminellen Gruppe liegt in seinem Gebrauchswert, denn in der Praxis der Gewaltunternehmer fungiert der Name als Markenzeichen*. Wer die Erlaubnis besitzt, das Markenzeichen zu nutzen, kann sich als jemand präsentieren, der mit dieser oder jener kriminellen Gruppe oder avtoritet ‚zusammenarbeitet'. Eine derartige Lizenz wird einer Brigade oder einzelnen Mitgliedern von der avtoritet, dem Anführer der Gruppe, erteilt, und zwar normalerweise, nachdem die Bewerber sich durch Erfüllung eines Auftrages bewährt haben. […]
>
> *Der Name der Gruppe* hat in der Praxis des gewalttätigen Unternehmertums eine spezifische Funktion: Er garantiert die ‚Qualität' der Schutz- und Vollzugsleistungen, er symbolisiert die Reputation, die sich die Gruppe aufgrund bekannt gewordener Fälle erfolgreicher Gewaltanwendung geschaffen hat. […]
>
> Das entscheidende Element zur Verhinderung eines potentiell betrügerischen Geschäfts ist somit die Reputation des Vollzugspartners, symbolisiert im Namen der Gruppe oder ihres Führers. Die Reputation signalisiert unausweichliche Vergeltung. Die Lizenz zur Ausübung der Gewaltarbeit – die Genehmigung, als kommerzieller Vollzugspartner im Namen einer Organisation tätig werden zu dürfen –, setzt wiederum einen informellen Vertrag zwischen dem Führer und der Einheit voraus, die in seinem Namen handelt. Zu diesem Vertrag gehört die Verpflichtung, in den gemeinsamen Fonds einzuzahlen und gewisse Regeln einzuhalten. Wenn eine Gruppe ohne Lizenz einer anerkannten avtoritet operiert, wird ihren Geschäften wenig Erfolg beschieden sein; die Gruppe wird entweder ausgelöscht oder mit Hilfe der Polizei ins Gefängnis verbannt. Letztere wird die Gelegenheit nur zu gern zu nutzen, um wieder einmal eine erfolgreiche Aktion gegen das organisierte Verbrechen melden zu können." (Volkov 2001, S. 180 f.)

dd) Die „Diebe im Gesetz" als nach wie vor beispielgebendes Narrativ

Es liegt auf der Hand, dass sich die Kriminalitätsstrukturen in Russland seit den 20er und 30er Jahren des letzten Jahrhunderts stark verändert haben und dass es *die* „Diebe im Gesetz" so nicht mehr gibt:

> „Der Transformationsprozess des ‚sozialistischen' Systems hin zu kapitalistischer Marktwirtschaft und bürgerlicher Demokratie begann bereits zu Zeiten von Glasnost und Perestrojka und legte mit dem Untergang der Sowjetunion gehörig an Tempo zu. Mit den neuen Freiheiten einer nicht genauer spezifizierten ‚Demokratie' und vor allem den radikalen ökonomischen Veränderungen *begann eine Ära der persönlichen Bereicherung in bisher nicht gekannten [sic!] Ausmaß*. Die politische und wirtschaftliche Elite des Landes lebte es sozusagen vor. Hatten bereits die Kombinatsdirektoren das ‚Volkseigentum' wie ihren persönlichen Haushalt verwaltet, sprich in die eigene Tasche gewirtschaftet, so setzte sich diese Geisteshaltung im Zuge der ungesteuerten bzw. unkontrollierten Privatisierung logisch fort. Sogenannte ‚Oligarchen' steuerten mit ihrer Finanzmacht die Politik und öffentliche Gelder wurden hemmungslos veruntreut oder zweckentfremdet. Auch das kriminelle Milieu nutzte die Zeit der Wirrnisse dieser Periode und organisierte sich entsprechend neu. Die klassische Organisation der ‚Diebe im Gesetz' erlebte diverse interne Kämpfe. Es kam z. B. zur Abspaltung der sogenannten ‚Modernisierer'. Rasant entwickelten sich neue Organisationen und Vereinigungen, die nicht mehr gewillt waren, sich an ein derart strenges und überaltertes Reglement zu halten. Die sogenannte ‚Organisierte Kriminalität' oder die ‚Russische Mafia' ist heute ein sehr komplexes Gefüge und lässt sich nicht so einfach als monolithischen [sic!] Block darstellen […]." (Osterloh 2004, S. 7 f.)

Aber diese Veränderungen sind hier nicht unser Thema. Was aber gerade angesichts dieser Veränderungen und der doch weit entfernten Zeit Stalins bemerkenswert ist, ist, dass auch gegenwärtig *die „Diebe im Gesetz" als Leitfiguren fungieren*; Kay Osterloh weiß dazu Folgendes zu berichten:

> „Durchgehend allen unseren KlientInnen sind die ‚Diebe im Gesetz' ein Begriff. Sie übernehmen unkritisch und stark romantisierend Versatzstücke dieser Bewegung. *Es ist allemal besser sich als ‚vor', als ‚Dieb', mit Ehre zu fühlen, statt als ‚doofer Russe aus Kasachstan'*. Mit den tatsächlichen ‚Dieben', oder gar der sogenannten ‚Russischen Mafia' hat dies in der Regel nichts zu tun. Sie ‚spielen' diese Muster nach.
>
> Die wenigsten unserer KlientInnen hatten bereits in den Herkunftsländern Kontakt mit den verschiedensten Formen der ‚organisierten Kriminalität'. Sie entnehmen das meiste aus Erzählungen von Älteren (kollektives Wissen), aus entsprechenden Filmen (z.B. ‚Brat' I/ II oder ‚Bumer'), Videos, Büchern und russischen Zeitungen. ‚Gangster' oder ‚Bandit' zu sein gilt als cool, eine Denkweise, die auch bei andere [sic!] Subkulturen zu finden ist. Die Banditenlieder aus der Lagerzeit fungieren so als der ‚Soundtrack' der Migrantenjugendlichen. Hier wird über Ehre, ‚richtige' Männer und das Leben am Rande der Gesellschaft gesungen. Diese Lebensform wird von unseren KlientInnen bei kritischen Nachfragen gern als das ‚echte' Leben bezeichnet." (Osterloh 2004, S. 9)

Diese Leitbildfunktion führt sogar so weit, dass in den deutschen Gefängnissen, in denen aus Russland stammende Delinquenten einsitzen, das oben geschilderte *russische Kastensystem der Straflager* kopiert und praktiziert wird; mit dieser Schilderung wollen wir diesen Gliederungspunkt denn auch abschließen:

> „Hier kommen die angelernten oder idealisiert übernommenen Praktiken der ‚Diebe' zum Einsatz. Viele Jugendliche erscheinen so, *als ob sie sich beim Überschreiten der Knastschwelle einen russischen ‚Knastchip' implantieren würden*. Das ganze Programm aus der ‚Heimat' läuft ab. Dabei wird regional unterschiedlich agiert. In jeder JVA herrschen je nach Besetzung die alten Regeln oder es werden Versatzstücke angewendet oder neue erfunden. In manchen JVA's [sic!] ernennen sich Häftlinge selbst zum ‚Dieb'.

> Das *Kastensystem der früheren Straflager* wird ähnlich praktiziert (in verschiedenen Ausprägungen oder Radikalität). ‚Hier finden sie das, was sie dort (in der Freiheit, A. d. V.) verloren haben (bzw. worauf sie dort gar nicht hoffen durften): Anerkennung und Achtung. Sie stellen fest, dass es eine [sic!] Milieu gibt, in dem Eigenschaften, die sie in Hülle und Fülle besitzen, in hohem Ansehen stehen, während Eigenschaften, die ihnen fehlen, überflüssig sind' […]. Einer meiner Klienten rasierte sich z. B. sofort nach der Inhaftierung die Haare ab (wie in russischen Gefängnissen und Lagern üblich, dort allerdings als Zwangsmaßnahme der Leitung). Er ließ sich das Symbol für einen ‚jugendlichen Ersttäter' auf einen Finger tätowieren und ‚verzierte' seine Knie mit zwei achtzackigen Sternen (was bedeutet: nie werde ich vor ‚Bullen' auf die Knie gehen). Niemand hatte ihn dazu gezwungen. Er hatte sich sozusagen für sein neues Leben in der Haft präpariert. Für ihn stellte das Leben im Knast, in der ‚zona', nur *eine andere, aber bekannte Lebensform mit den damit verbundenen unvermeidlichen Regeln* dar." (Osterloh 2004, S. 11)

IV. Gemeinschaftsstiftende Normenordnungen

Wir hatten bereits gelernt, dass sich Gruppen und soziale Verbände Regeln geben und die Befolgung ihrer Regeln auch durchzusetzen wissen. Diese Entwicklung von Regeln – so hatten wir weiter gelernt – dient dazu, die Gruppe als Gruppe zu stabilisieren, ihren Zusammenhalt zu fördern und eine eigene *corporate identity* zu begründen. Insoweit hat die Herausbildung einer eigenen Normenordnung immer auch einen gemeinschaftsstiftenden Charakter, sodass die obige Überschrift als zu unspezifisch empfunden werden könnte; mit ihr ist aber gemeint – und deswegen möchten wir an ihr festhalten – dass es eine Reihe von *engen Gemeinschaften gibt, die sich gerade durch ihr eigenes Regelungsregime als Gemeinschaft konstituieren und damit gleichzeitig von anderen Gemeinschaften abgrenzen*. Das Paradebeispiel dafür sind die *mittelalterlichen Orden und Klöster*, die nicht nur durchweg eigene Regelwerke entwickelt haben (Schwaiger und Heim 2004), sondern die sich gerade anhand ihrer *spezifischen Ordensregeln* unterscheiden und benennen lassen (siehe dazu die Sammlung der großen Ordensregeln bei Balthasar 1994).

Wir haben uns aber dagegen entschieden, diesen weithin bekannten und erforschten Sachverhalt erneut auszubreiten und Beispiele für Ordensregeln abzudrucken; vielmehr sind wir bei unseren Recherchen auf *zwei Beispiele von Normbildungsprozessen und ihre Institutionalisierungen* gestoßen, die wir ungleich spannender und besonders lehrreich finden.

1. Zur Normativität exemplarischer Verhaltensmuster im institutionellen Gefüge mittelalterlichen Ordenslebens

a) Zur normierenden Kraft exemplarischen Erzählens

Der Dresdner Sonderforschungsbereich 537 „Institutionalität und Geschichtlichkeit", der sich einem institutionenanalytischen Ansatz verpflichtet fühlt, hat sich unter anderem mit der Genese und Etablierung mittelalterlicher Bettelorden beschäftigt und ist dabei in einem 1999 erschienenen Band vor allem der Frage nachgegangen, *wie sich ordensspezifische*

Normensysteme herausbilden und durchgesetzt werden (Melville und Oberste 1999); als Unterfragen wurden dabei diskutiert:

- Welchen spezifischen Leitvorstellungen fühlten sich die früheren Bettelorden (sogenannte Mendikanten) verpflichtet?
- Welche Wege der Internalisierung und Verbreitung solcher Vorstellungen standen zur Verfügung?
- In welcher Weise verfestigten sich Ursprungsideale und soziale Funktionszuweisungen in den organisatorischen Strukturen der Orden?

Bei dem Versuch der Beantwortung dieser Fragen hat Thomas Füser in einem material- und facettenreichen Beitrag auf die Bedeutung des Mediums des Exempels hingewiesen und überzeugend herausgearbeitet, wie diese Form des exemplarischen, zur Nachahmung einladenden Erzählens als ein Weg der Herausbildung einer gemeinschaftsspezifischen Normenordnung verstanden werden kann (Füser 1999, S. 27 ff.). Bei diesen Exempeln (Überblick zur Exempla-Forschung bei Schenda 1969) geht es einmal natürlich um das *exemplum Christi*, zum anderen um die *exempla sanctorum*, also die zahlreichen mittelalterlichen Heiligenviten, aber auch um sogenannten „Jedermannbeispiele“, die die Kategorie des unbekannten Helden oder namenlosen Zeugen für Gottes Wirken in der Geschichte repräsentieren. Uns interessieren aber weniger diese Exempel als solche, sondern die *Funktion exemplarischen Erzählens bei der Herausbildung und Durchsetzung normativer Verhaltensmuster*.

Was zunächst die Funktion von *exempla* zur *Herausbildung und Konkretisierung der normativen Ordnung* eines Ordens angeht, so heißt es dazu bei Füser zusammenfassend wie folgt:

> „Für alle exempla sanctorum gilt, daß sie exemplarischer Verhaltensmuster formulieren und zur imitatio bereitstellen. Diese sind zugleich Erläuterung und Explizierung der jeweils herrschenden Leitvorstellungen und normativen Systeme. Hagiographie und Historiographie sind hier nicht zu trennen, immer vollzieht sich mit der Lebensbeschreibung der mendikantischen Heiligen auch die Herausarbeitung einer Eigengeschichte der jeweiligen Orden. Das gilt insbesondere für die Frühphase der Traditionsbildung in beiden hier untersuchten Orden [den Franziskanern und Dominikanern, G. F. S.]. Neben die Stilisierung persönlicher Vorbilder tritt insbesondere in den Visionsberichten die Vermittlung einer spezifischen Ordensidentität, mittels derer man sich auch und gerade von konkurrierenden Konzepten religiosen [sic!] Lebens abzuheben versucht. Eine Reihe von Exempeln, dient daneben ganz konkret *der Vermittlung, Erläuterung und Präsenthaltung klösterlicher Normen*. Gerade diesen Exempel, die zumeist Ordensbrüder in Grenzsituationen und Normkonflikten zeigen, kommt für die Stützung des innerklösterlichen Normensystems größte Bedeutung zu.“ (Füser 1999, S. 57)

Was nun die *Dimension der Durchsetzung* angeht, so hatten wir schon aus den oben wiedergegebenen Beispielen von Popitz gelernt, wie wichtig neben der Sanktionsdrohung die *Internalisierung der jeweiligen Normenordnung* ist; bezogen auf die *Gemeinschaftsform des Ordens* hat Thomas Füser dazu Folgendes ausgeführt:

> „Um eine solche sinnhafte Ordnung herzustellen, bedarf es also nicht allein Maßnahmen der Sozialdisziplinierung, in den mittelalterlichen Klöstern und Orden greifbar in einem engen Netz sozialer

> Kontrolle durch elaborierte Aufsichts- und Sanktionsmechanismen, sondern vor allem einer individuellen Selbstdisziplinierung, die jeweils durch *Internalisierung der Normen* und Introspektion, also Selbstkontrolle, hergestellt werden muß. Der Aufbau ‚innerer Kontrollen' vollzieht sich vor allem aufgrund der ‚Sozialisation des Einzelnen in die Institutionen hinein'. Zur Legitimierung der Institution selbst bedarf es jedoch der ständigen *Legitimierung der an das Individuum herangetragenen Verhaltensforderungen* durch den widerspruchslosen Rückbezug dieser Forderungen auf die von allen Mitgliedern der Institution akzeptierten gültigen Leitideen. Erst dann geht die soziale Kontrolle in die Motivation der Akteure ein: Ein Prozeß der Verinnerlichung normativer Vorgaben, an dessen Ende schließlich ‚gewollte Konformität' stehen kann. Mit diesen Beobachtungen decken sich die Ergebnisse Günther Schmelzers […], der die katholischen Ordensgemeinschaften einer sozialwissenschaftlichen Analyse unterzogen hat: ‚Orden sind als religiöse Gruppen und nach ihrer Tradition darauf angelegt, Einfluß auf die Mitglieder zu nehmen, nicht zunächst durch Sanktionsdruck, sondern durch die Etablierung und Stabilisierung von Wert- und Sinnverständnissen, d. h. durch Formalisierung von Verhaltenserwartungen und Bedürfnisstrukturen.'
>
> Angesichts der hier nur grob skizzierten, von Institutionen zur eigenen Bestandswahrung zu leistenden Aufgaben, liegt die Bedeutung derjenigen *exempla, die als Mittler zwischen abstrakten Normen und dem konkreten Lebensvollzug der Mitglieder dienen konnten*, für die mittelalterlichen Orden auf der Hand. Den exempla kam mit der Aufgabe, Wissen und Handlungsabläufe zu tradieren, großer Stellenwert bei der Subjektformierung der Mitglieder einer Institution zu. Sie erfüllten eine zentrale Aufgabe des Institutionellen, nämlich Dauer herzustellen, indem sie Verhaltensmuster verstetigten, und diese Dauerhaftigkeit trotz der Dynamik, der menschliche Ordnungsarrangements grundsätzlich unterworfen sind, zu sichern." (Füser 1999, S. 57 f.)

b) Exempla-Sammlungen als Methode zur Stärkung der Gruppenidentität

Die von den Ordensleitungen geförderte *Sammlung und zentrale Archivierung von Beispielsgeschichten* hatte aber nicht nur die Funktion, als verschriftlichte Verhaltensmuster die Verhaltensanforderungen des Ordens zu individualisieren und als „Trainingsprogramme" zur „Selbstanalyse und Selbstkontrolle" zur Verfügung zu stellen, sondern auch zur Begründung und Verfestigung dessen zu dienen, was heute gemeinhin als „corporate identity" bezeichnet wird. Bei Thomas Füser können wir dazu die folgenden Bemerkungen nachlesen:

> „Mit der traditorischen Funktion der Exempel als Erfahrungsspeicher der Orden ist die zweite Hauptfunktion der Beispielgeschichten angesprochen. Neben der Verstetigung von Ordnungsmustern besteht ihre entscheidende institutionelle Stabilisierungsleistung in der Herausarbeitung einer Eigengeschichte, die als *Gruppenidentität* (‚Wir-Identität', ‚corporate identity', Kollektivbewußtsein) auch zur Außenlegitimierung *und* Selbstaffirmierung des Ordens eingesetzt werden kann. Gleichzeitig vollzieht sich mit dem Einsatz entsprechender Exempel innerhalb des Ordens stets auch die ‚ideologische Rechtfertigung des Faktischen', denn aus den Beweisen für die Legitimität der religiösen Zielsetzungen des Ordens leiten sich als Konsequenz auch die ‚in ihm eingesetzten Zwangs- und Kontrollmittel' und der tendentiell totale Anspruch, alle Lebensbereiche seiner Mitglieder präzisen, detaillierten und nicht hinterfragbaren Normierungen zu unterwerfen, ab." (Füser 1999, S. 101)

2. Die Basler Mission – Eine im Netz ihrer Normen gefangene Gemeinschaft

a) *Mission als exportierter Pietismus*

Die Gründung der Evangelischen Missionsgesellschaft in Basel erfolgte 1815 und verdankte ihre Entstehung einem im europäischen Protestantismus einsetzenden Frömmigkeitsschub, einer parallel verlaufenden internationalen Missionsbewegung sowie einer spezifisch lokalen Entwicklung, zu der es in der materialreichen Arbeit von Thoralf Klein wie folgt heißt:
„Mit der Gründung der ‚Deutschen Gesellschaft zur Beförderung reiner Lehre und wahrer Gottseligkeit', kurz ‚Christentumsgesellschaft' genannt, im Jahre 1780 wurde Basel ein wichtiges Zentrum der Erweckungsbewegung. Die Christentumsgesellschaft diente dem Ziel, gleichgesinnte, frömmigkeitsorientierte Christen über konfessionelle und soziale Grenzen hinweg zusammenzuschließen. Im Vorstand saßen Basler Pfarrer und Kaufleute; die hauptamtlichen Sekretäre kamen durchweg aus Württemberg" (Klein 2002, S. 108).

Wie Thoralf Klein klar herausgearbeitet hat, speiste sich die Basler Mission sowohl religiös-theologisch wie personell aus dem *Württembergischen Pietismus*, innerhalb dessen die Basler Missionare sozialisiert worden waren, und zwar – verstärkt durch die Ausbildung im Basler Missionshaus – in so nachhaltiger Weise, dass ihr Umgang mit der fremden chinesischen Kultur durch die *„heimatlichen Verhältnisse vorstrukturiert"* war (Klein 2002, S. 120). Daher kann man die Art der Basler Missionstätigkeit nur verstehen, wenn man einen Blick auf die Besonderheiten des Württemberger Pietismus wirft. Tut man dies, so stößt man erneut auf die weiter oben schon mehrfach angesprochene zentrale Rolle der Gruppenzugehörigkeit und der dadurch bewirkten Sonderstellung einer Gemeinschaft mit einem eigenen, dichten Regelungsregime; bei Thoralf Klein heißt es dazu wie folgt:

> „Die Pietisten bildeten eine besondere Gemeinschaft, deren Mitgliedschaft neben einer intensiven Frömmigkeit und einer Bejahung der geistigen Traditionen des Pietismus auch auf der Akzeptanz des Individuums durch die Gruppe beruhte. Männliche Mitglieder redeten sich untereinander mit ‚Bruder' an, duzten sich und begegneten sich insofern als Gleiche. Gleichzeitig bestand aber auch eine *ganz eigene Hierarchie*, die den ‚Stundenhaltern', den Veranstaltern der Erbauungsstunden (‚Bibelbesprechstunden') eine besondere Leitungsposition zubilligte; noch größer war vermutlich der Einfluß von lokalen und regionalen Führungsfiguren, den sogenannten ‚Patriarchen', die besonders in Glaubensfragen eine uneingeschränkte Autorität beanspruchten [...]. Nach außen grenzte sich die pietistische Subkultur vom Rest der abschätzig als ‚Weltkinder' bezeichneten Bevölkerung und ihrer unter dem Oberbegriff ‚Welt' zusammengefaßten unchristlichen Lebensweise ab. […]
>
> *Die rigiden sozialen Normen*, die aus dem pietistischen Verständnis des Christentums abgeleitet wurden, begünstigten in noch größerem Maß eine gesellschaftliche Sonderstellung. Sie zielten auf die Unterdrückung sämtlicher als unchristlich empfundener Triebe: Aggressivität, Sexualität, Lust und Genuß waren verpönt. Fleiß, Sparsamkeit, ‚Treue in kleinen Dingen' und Opferbereitschaft für das Reich Gottes, Demut und Geduld galten als positive Attribute eines wahren Christen. *Die Einhaltung der pietistischen Normen wurde als Gradmesser der Frömmigkeit angesehen*. Beschimpfungen, Flüche, Entheiligung des Sonntags, Wirtshausbesuche, Alkoholgenuß und Glücksspiel zogen Sanktionen nach sich, ebenso ‚Unzucht' – ein Begriff, der alle sexuellen Handlungen mit Ausnahme des ehelichen Ge-

> schlechtsverkehrs bezeichnete. Auf strikte Geschlechtertrennung wurde deshalb besonders bei Heranwachsenden geachtet." (Klein 2002, S. 118 f.)

Mit diesen Normen und Prinzipien im Gepäck machten sie die Basler Missionare auf den Weg nach Südchina, um dort auf eine lokale Kultur zu treffen, die von diesen verinnerlichten Werten und Bildern deutlich abwich.

b) Die Basler Mission als Biotop

Die Basler Mission wies – dieser Eindruck drängt sich nach Lektüre des Klein'schen Buches geradezu auf – einige Besonderheiten auf, die zu den Eigenschaften eines von der Umwelt weitgehend abgeschirmten Biotops erinnern; dazu scheinen uns die folgenden drei Merkmale zu gehören:

aa) Das Missionshaus als Sozialisations- und Disziplinierungsstätte

„*Grundlage für den sozialen Aufstieg* eines Großteils der Basler Missionare war die *Ausbildung im Basler Missionshaus*. Diese wurde für nötig erachtet, weil das Komitee [das Leitungsorgan der Mission, G. F. S.] nicht einfach enthusiasmierte Laien aussenden wollte" (Klein 2002, S. 129), andererseits aber eine Universitätsausbildung wegen der mit ihr verbundenen „Verweltlichungsgefahr" nicht in Betracht zog. Wie man sich diese Unterweisung im Missionshaus vorzustellen hat, schildert uns Klein wie folgt:

> „Im Gegensatz dazu [zum Universitätsstudium, G. F. S.] sollte die Ausbildung im Basler Missionshaus die Volksschulbildung der Missionszöglinge festigen und erweitern. Neben naturwissenschaftlichen Fächern und Grundlagen der Medizin standen moderne Fremdsprachen – Englisch, zu Anfang auch Holländisch – sowie Latein, Griechisch und Hebräisch, die auch für die theologische Ausbildung wichtig waren, auf dem Lehrplan. Komplettiert wurde die Ausbildung durch praktischen Unterricht in Musik – selbstverständlich gehörte auch die Vermittlung von Kirchenliedern zur Missionsarbeit –, Gartenbau und handwerkliche Tätigkeiten, die der Missionar auf dem Missionsfeld gegebenenfalls beherrschen mußte. *Die Spachen der Missionsgebiete waren hingegen nicht Bestandteil des Curriculums, ebensowenig fand eine Auseinandersetzung mit den Kulturen der Missionsgebiete statt*. Das ganze Ausbildungsprogramm hatte zum Ziel, die Gewißheit der Missionare von der Überlegenheit des Christentums über alle anderen Religionen zu stärken […]. Spätestens während ihrer Zeit im Missionshaus wurden die angehenden Missionare mit jener in der Missionsbewegung verbreiteten *militanten Rhetorik* bekannt, welche die ‚Heidenmission' als Kampf gegen das Reich des Teufels begriff und metaphorisch als kriegerische Auseinandersetzung überhöhte. Das üblicherweise bei der Ausreise von Missionaren oder Missionsbräuten angestimmte Lied ‚*Zieht fröhlich hinaus zum heiligen Krieg* …' […] wurde ihnen in dieser Zeit zweifellos ein vertrauter Begleiter." (Klein 2002, S. 129 f.)

Mehr noch vielleicht als Ausbildungsstätte war das Missionshaus ein *Ort der sozialen Disziplinierung*:

> „Bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkrieges hielt die Heimatleitung hartnäckig an der seminaristischen Ausbildung der Missionare fest und verteidigte diese auch gegen seit 1911 geäußerte Forderungen von Missionaren in China, nach deren Ansicht die Zeitumstände akademisch gebildete Missiona-

> re erforderten. […] Dagegen sprachen aus Sicht des Komitees – obwohl dies nicht offen geäußert wurde – vor allem die zu erwartenden Folgen eines solchen Schrittes für die Organisationsstruktur der Basler Mission. Denn die Ausbildung im Missionshaus sollte den jungen Missionar nicht nur mit der für seine Arbeit nötigen Selbstgewißheit ausrüsten, sondern ihn auch dazu erziehen, sich in den Organismus der Balser Mission einzuordnen: Sie setzte somit jene *Mischung aus innerlicher Frömmigkeit und Kontrolle durch die Gemeinschaft* fort, der er schon seit frühester Kindheit ausgesetzt war. *Der Eintritt in den Missionsdienst war somit nicht nur ein Ausweg aus der beengten dörflichen Welt und eine Chance zum sozialen Aufstieg, sondern markierte auch den Beginn einer oft lebenslangen sozialen Disziplinierung.*" (Klein 2002, S. 131)

Da nun schon wiederholt von dem Leitungsorgan des Komitees die Rede war, sollten wir einen kurzen Blick auf seine Zusammensetzung und sein Selbstverständnis werfen.

bb) Das Komitee – Ein Vorstand mit Sendungsbewusstsein

Das Komitee der Basler Mission setzte sich vorwiegend aus Angehörigen des Basler Stadtpatriziats zusammen. Fast karikaturhafte Züge weist die Schilderung des *Selbstverständnisses des Komitees* durch Thoralf Klein auf, in der wir Folgendes lesen:

> „Der charismatische Zug der Basler Mission manifestierte sich in der Führungsrolle des Komitees, welches das Missionsunternehmen seinem Selbstanspruch nach kraft göttlicher Legitimation und mit unfehlbarer Richtigkeit leitete. Wenn die Mission wirklich, wie noch Hartenstein formulierte, eine ‚Aktion Gottes' war […]; wenn Gott selber das Zustandekommen der Basler Mission wunderbar herbeigeführt hatte, wie ihr Gründungsmythos besagte, *dann konnte das Komitee den Anspruch erheben, von Gott selber zur Führung des Missionsunternehmens autorisiert worden zu sein* und diese Führung ein seinem Sinne auszuüben. Josenhans gab in seiner unnachahmlichen Art auf die Frage, woran ein Missionar den Willen Gottes erkennen könne, die Antwort: ‚[A]m Willen des Komitees' […]. Dieser Unfehlbarkeitsanspruch der Heimatleitung behielt seine Gültigkeit bis in die 1920er Jahre, als er von einigen Missionaren und auch von den Direktoren Dipper und Hartenstein in Frage gestellt wurde." (Klein 2002, S. 135)

Welche wichtige Rolle Regeln für das Zusammenleben etwa in *ordensähnlichen Zusammenschlüssen* und für die Herausbildung einer *corporate identity* zukommen, hatten wir soeben schon besprochen. Was aber das Komitee der Basler Mission an Regelungen alles entwarf, ist mehr als erstaunlich und machte auch vor der Privatsphäre der Missionare nicht halt; Thoralf Klein schildert uns diese *Regelungsobsession* anschaulich wie folgt:

> „Zur Etablierung und Wahrung ihres hierarchischen Aufbaus und zur Festlegung von Kompetenzen für die einzelnen Organe benötigte die Basler Mission ein genaues, über die enormen geographischen Distanzen hinweg funktionsfähiges Regelwerk. Aller pietistischen Rhetorik zum Trotz geht man kaum fehl in der Behauptung, daß der Drang der Basler Mission, alles und jedes schriftlich zu kodifizieren, eine *regelrechte Obsession* darstellte. Tatsächlich wurde das Leben der Missionare zu einem großen Teil durch Verordnungen des Komitees bestimmt. Dies begann bereits während der Ausbildung im Missionshaus, wo der gesamte Tagesablauf einschließlich der Körperpflege, der Anwesenheitspflicht bei den gemeinsamen Mahlzeiten und der strengen Beschränkung gesellschaftlicher Kontakte durch die Hausordnung reglementiert wurde. Bereits hier wurden die jungen Männer, die meistens im Alter von 18 oder 19 Jahren eintraten, an ein Leben in Einfachheit und die Integration in die Missionsorganisation gewöhnt, aber auch an die Übernahme von Verantwortung – die Hausordnung

> kannte insgesamt 39 kleine Ämter, die von den Zöglingen im Wechsel ausgeübt wurden, darunter die Aufsichtsfunktionen des Seniors, Famulus und Wöchners. Es trifft sich sicher in einem ganz umfassenden Sinne zu, daß die Ausbildungszeit im Missionshaus zum Ziel hatte, ‚das Missionsgeschäft im Kleinen zu üben' […].
>
> Waren der Missionar oder die Missionsschwester in China eingetroffen, so gab es für sie eine Fülle weiterer Vorschriften zu beachten. Eine Anweisung aus dem Jahre 1920 ermahnte junge Missionare:
>
> ‚Was endlich Ihr dienstliches Verhältnis betrifft, so erinnern wir Sie daran, dass Sie nicht als Freimissionar, sondern im Dienst einer Missionsgesellschaft ausziehen, die eine durch die Erfahrung eines Jahrhunderts zustande gekommene feste Ordnung besitzt. Lernen Sie diese Ordnung kennen, so, wie sie in den „Persönlichen Verordnungen", der Korrespondenzordnung, der Gemeinde-Ordnung, dem kirchlichen Organisations-Statut, im früheren „Amtsblatt" und in der Korrespondenz des Komitees mit den Stationen niedergelegt ist.'
>
> Mit diesen Verordnungen, die dienstliche Angelegenheiten betrafen, ließ man es jedoch längst nicht bewenden. Wie schon während der Ausbildung in Basel, so wurde auch auf dem Missionsfeld das *Privatleben der Missionare* durch ein kodifiziertes Regelwerk bestimmt. Welche und wieviele Ausrüstungsgegenstände man mit nach China nahm, welche und wieviele Möbel man sich anschaffte, in welchen Abständen man über seine Arbeit berichtete und welche Inhalte dabei zur Sprache kommen sollten – all das war schwarz auf weiß in eigenen Verordnungen nachzulesen […]. Ein besonderer und vieldiskutierter Fall war die ‚*Heiratsordnung*', die genaue Vorschriften für die Eheschließung enthielt." (Klein 2002, S. 142 f.)

Wenn wir dieses Kapitel noch einmal Revue passieren lassen, dann fällt auf, welch zentrale Rolle soziale Gruppen und ihre jeweiligen Verhaltenskodizes spielen – seien diese soziale Gruppe ein Stand, ein Stamm, ein Beruf, eine Bande, eine Religionsgemeinschaft oder eine städtische Schwurgemeinschaft. Offenbar, so die sich aufdrängende Schlussfolgerung, kann man normative Ordnungen oder Recht – die Qualifikationsfrage kann an dieser Stelle getrost noch offen bleiben – nicht nur, wie wir es gewohnt sind, vom Individuum her denken (Stichwort „subjektive Rechte"), sondern auch *vom Kollektiv her*, das sich aus Gründen äußerer Abgrenzung und Gewährleistung innerer Kohärenz Regeln gibt und ihre Befolgung auch durchsetzt. Dieses Denken vom Kollektiv her wird uns auch im nachfolgenden Kapitel beschäftigen, in dem es um die Pluralität von Normproduzenten geht. Dort werden wir zeigen, dass es jeweils kollektive Akteure sind – seien dies Wirtschaftsverbände, Religionsgemeinschaften oder internationale Organisationen – die in ihrem jeweiligen *socio-legal field* Regeln produzieren und auch durchzusetzen suchen. Im Schlusskapitel werden wir auf dieses Generalthema „Governance-Kollektive und ihre Regelungsregime" noch einmal zurückkommen.

Drittes Kapitel
Von der Vielfalt der Normenordnungen zur Vielfalt der Normproduzenten

A. Was in diesem Kapitel besprochen werden soll

Nach unserem soeben abgeschlossenen Streifzug durch die Vielfalt normativer Ordnungen können wir den Befund einer nahezu allgegenwärtigen Multinormativität getrost als gesichert ansehen: Normative Pluralität ist – wie wir gelernt haben – nicht nur historisch der Normalfall, sondern – trotz der Dominanz des staatlichen Rechts – auch gegenwärtig und mit zunehmender Tendenz eine Realität, der nichts Exotisches anhaftet. Da aber nun fast alle Normenordnungen sich auf einen Normautor beziehungsweise Normproduzenten zurückführen lassen oder – anders ausgedrückt – einer bestimmten Rechtsquelle entspringen, darf man vermuten, dass der Pluralität der Normenordnungen auch eine Pluralität der Normproduzenten entspricht, von denen uns auch die meisten ganz vertraut sind wie etwa:

- Gott als Gesetzgeber
- Parlamente als Gesetzgeber
- die Exekutive als Verordnungsgeber
- Selbstverwaltungseinheiten als Satzungsgeber
- Standardsetzer
- transnationale Regulierungsnetzwerke und so weiter und so fort.

Diese Pluralität der Normproduzenten ist das Thema dieses dritten Kapitels. Aber nicht etwa in der Weise, dass wir jetzt alle irgendwie auffindbare Normproduzenten durchgehen, womöglich gar in alphabetischer Reihenfolge; vielmehr interessiert uns, *welche Normbestände* bestimmte Normautoren zugeordnet werden können und auf welchen *normativen Feldern* welche Normproduzenten typischerweise anzutreffen sind. Kann man – so lautet unsere Fragestellung – bestimmte „*normative Biotope*" identifizieren, in denen – in der Regel ausgestattet mit einem gewissen Grad von Autonomie – normfeldspezifische, benenn- und beschreibbare Normproduzenten anzutreffen sind. Was wir also tun wollen, ist, zwei der im Eingangskapitel genannten Schlüsselthemen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte miteinander zu verknüpfen, nämlich das Schlüsselthema der *multinormativity* mit dem Schlüsselthema *legal spaces*.

Dies bedeutet für den Aufbau dieses Kapitels, dass wir uns zunächst auf die Suche nach – wie wir sie nennen wollen – *normative spaces* machen müssen und dabei danach Ausschau halten, welchen Typen von Normproduzenten wir dort begegnen.

B. Auf der Suche nach *Normative Spaces* und wie man dabei vorgehen könnte

Bei der Suche nach aussichtsreichen methodischen Wegen, um wie auch immer gearteten *normative spaces* auf die Spur zu kommen, haben wir vier solche Wege identifiziert, die sich jeweils mit dem Namen bestimmter Autoren verbinden lassen, die interessanterweise unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen entstammen.

I. Brian Tamanahas *socio-legal arenas*

Tamanaha hat vorgeschlagen, verschiedene „systems of normative ordering in different social arenas" zu unterscheiden (Tamanaha 2008; 2010), und identifiziert in diesem Zusammenhang die folgenden sechs „socio-legal arenas" (Tamanaha 2008, S. 36 f.):

- „Official legal systems
- Customary/Cultural normative systems
- Religious/Cultural normative systems
- Economic/Capitalist normative systems
- Functional normative systems [sowie]
- Community/Cultural normative systems"

Wir finden diesen Vorschlag – und zwar unabhängig davon, ob Tamanaha die „richtigen" Arenen ausgewählt hat oder eine Arena mehr oder weniger besser gewesen wäre – hilfreich, und zwar vor allem, weil uns der Begriff der „Arena" so gut gefällt. In Arenen finden häufig *kommunikationsintensive* Großereignisse statt, wie etwa in dem legendären Bernabeu-Stadion von Madrid. Der Begriff Arena hat also mit *Kommunikation* zu tun und passt daher hervorragend zu unserer Auffassung, dass Herstellung, Anwendung und Durchsetzung von Recht vor allem auch Kommunikationsprozesse sind.

Er passt auch zu der immer mitzudenkenden *Akteursperspektive* besonders gut; wie man selbst von besuchten Veranstaltungen weiß, muss man in einer Arena die Bühne selbst, die dahinter liegende *backstage* und die Galerie unterscheiden, auf der die Zuschauer sitzen und das Geschehen auf der Bühne mehr oder weniger intensiv kommentierend begleiten. Die Beziehungen zwischen den in einer Arena agierenden Akteuren sind *Kommunikationsbeziehungen* und als solche beschreib- und analysierbar.

II. Sally Falk Moores *semi-autonomous social fields*

In ihrem wichtigen Aufsatz „Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study" (1973) hat die Rechtsethnologin Sally Falk Moore in

zwei sozialen Feldern – der amerikanischen Bekleidungsindustrie und der Stammesgesellschaft der Chagga in Tansania – herauszufinden versucht, welches eigentlich die wirklich verhaltenssteuernden *rules of the game* sind, wobei drei Möglichkeiten zur Auswahl stehen: das staatliche, jedenfalls von außerhalb des sozialen Feldes kommende Recht, die selbst gesetzten Regeln der *social fields* oder ein Mischungsverhältnis aus beiden und variablen Maßgeblichkeitsanteilen. Sally Falk Moore selbst hat diese Forschungsfrage wie folgt formuliert:

> „The concept of the semi-autonomous social field is a way of defining a research problem. It draws attention to the connection between the internal workings of an observable social field and its points of articulation with a larger setting. […] Theoretically, one could postulate a series of possibilities: complete autonomy in a social field, semi-autonomy, or a total absence of autonomy (i. e., complete domination). Obviously, complete autonomy and complete domination are rare, if they exist at all in the world today, and semi-autonomy of various kinds and degrees is an ordinary circumstance. Since the law of sovereign states is hierarchical in form, no social field within a modern polity could be absolutely autonomous from a legal point of view. Absolute domination is also difficult to conceive, for even in armies and prisons and other rule-run institutions, there is usually an underlife with some autonomy. The illustrations in this paper suggest that areas of autonomy and modes of self-regulation have importance not only inside the social fields in which they exist, but are useful in showing the way these are connected with the larger social setting." (Moore 1973, S. 742 f.)

Die von ihr gemachten Beobachtungen gehen eindeutig in die Richtung des Befundes, dass das von außen kommende staatliche Recht natürlich als Rahmenbedingung eine gewisse Rolle spielt, dass aber die eigentlichen *rules of the game* innerhalb des jeweiligen sozialen Feldes gemacht und praktiziert werden, sei es, dass sie als *informale Parallelordnung* das Akteursverhalten dominieren, sei es, dass eine *präexistente autonome soziale Gruppe* ihr eigenes Normensystem staatlichen Reformmaßnahmen entgegensetzt und diese dadurch mehr oder weniger *„ausbremst"*.

Was zunächst die amerikanische Bekleidungsindustrie angeht, so wurde die Funktionsfähigkeit der sensiblen Modebranche offenbar sehr stark durch persönliche Beziehungen zwischen Designern und Retailern gewährleistet sowie insbesondere durch den reziproken Austausch von Gefälligkeiten; zur Funktionslogik dieser informalen Parallelordnung heißt es bei Sally Falk Moore wie folgt:

> *„A whole series of binding customary rules* surrounds the giving and exchange of these favors. The industry can be analyzed as a densely interconnected social nexus having many interdependent relationships and exchanges, governed by rules, some of the legal rules, and others not. The essential difference between the legal rules and the others is not in their effectiveness. Both sets are effective. The difference lies in the agency through which ultimate sanctions might be applied. Both the legal and the non-legal rules have similar immediately effective sanctions for violation attached. Business failures can be brought about without the intervention of legal institutions. Clearly neither effective sanctions nor the capacity to generate binding rules are the monopoly of the state." (Moore 1973, S. 743 f.)

Der Fall der im Gebiet des Kilimanjaro siedelnden Chagga ist deutlich anders gelagert; hier ging es darum, dass das – in unserer Terminologie – Governance- und Regelungskollektiv der Chagga über ein traditionelles, die *Landnutzung* betreffendes Governance-Regime ver-

fügte, ein Regime, in dem Nachbarschaft und Verwandtschaftsgrade die entscheidende Rolle spielten; die nach der Unabhängigkeit Tansanias gebildete Regierung versuchte jedoch, einen radikalen Kurswechsel durchzusetzen:

> „For example, in 1963, the Independent Government declared that from then henceforth there would no longer be any private freehold ownership in land, since land as the gift of God can belong to no man but only to all men, whose representative was the Government. […] All freehold land was converted into government leaseholds by this act, and improperly used land was to be taken away." (Moore 1973, S. 731)

Dass diese Maßnahmen auf den Widerstand der Chagga stießen und als Eingriff in ihre traditionelle Regelungsautonomie verstanden werden mussten, war absehbar:

> „The second example, that of certain attempts to legislate social change in Tanzania, shows the same principles in a less familiar milieu. Here *neighborhood and lineage constitute a partially self-regulating social field* that, in many matters, has more effective control over its members and over land allocations than the state, or the ‚law'. The limited local effect of legislation abolishing private property in land and establishing a system of ten-house cells demonstrates the persistent importance of this lineage-neighborhood complex. The way in which this legislation has been locally interpreted to require only the most minimal changes suggests something of the strength of local social priorities and relationships. The robustness of the lineage-neighborhood complex, and its resistance to alteration (while nevertheless changing) suggests that one of the tendencies that may be quite general in semi-autonomous social fields is the tendency to fight any encroachment on autonomy previously enjoyed." (Moore 1973, S. 744)

Insgesamt führen diese Beobachtungen Sally Falk Moores zu dem Urteil, dass die *rules of the game* sich sowohl aus staatlichem Recht wie aus anderen Normenbeständen (Sozialnormen, Gewohnheitsrecht) zusammensetzen, der Anteil der nicht-staatlichen Normen aber im Ergebnis überwiegt:

> „The law (in the sense of state enforceable law) is only one of a number of factors that affect the decisions people make, the actions they take and the relationships they have. Consequently important aspects of the connection between law and social change emerge only if law is inspected in the context of ordinary social life. There general processes of competition – inducement, coercion, and collaboration – are effective regulators of action. *The operative ‚rules of the game' include some laws and some other quite effective norms and practices*. Socially significant legislative enactments frequently are attempts to shift the relative bargaining positions of persons in their dealings with one another within these social fields. The subject of the dealing and much else about the composition and character of the social field and the transactions in it are not necessarily tampered with. Thus, much legislation is piecemeal, and only partially invades the ongoing arrangements. Hence the interdependence or independence of elements in the social scene may sometimes be revealed by just such piecemeal legislation." (Moore 1973, S. 743)

Was wir an der Argumentation Sally Falk Moores mit den *semi-autonomous social fields* überzeugend finden, ist der *Gedanke der graduell abgestuften Autonomie* nicht-staatlicher Normproduzenten: denn es ist erst diese spezifische Teilautonomie – beruhe sie auf Tradition, netzwerkartigen Sozialbeziehungen, Expertise im Sinne epistemischer Autorität oder was auch immer – die die in einem bestimmten Feld handelnden Akteure zu Normproduzenten werden lässt; darauf ist sogleich noch zurückzukommen.

III. Thomas Duves Felder von Normativität

Wenn man – wie wir dies tun wollen – *legal* oder *normative spaces* erkundet und näher beschreibt, dann – so macht Duve in uns überzeugender Weise geltend – kann dies nur gelingen, wenn man sich entschließt, sich von einer die Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigenden Verengung zu befreien, nämlich von einem „Container-Konzept" rechtshistorischer Forschung:

> „Again, even a cursory look at early modern empires shows that it may indeed not be useful to abide by territorial concepts of space in our research, usually even guided by the ordering of the world into homogenous areas which originate in the world of the fictitious authority of nation states. Would other frames of reference, like point grids, for example of global cities, settlement centres, and mission stations, or even networks with nodes in the harbour and trading cities perhaps not be more adequate frameworks for research? Do we have to concentrate on secular civil law to (re)construct our traditions? Or could other frames of reference which are no longer defined by territory but by types guide our research? Our ‚container-concept' of legal history in Europe saves us from asking ourselves these productive questions – by the way questions which might be seen as pivotal for today's general jurisprudence concentrated on law in a diverse and global world." (Duve 2013a, S. 16)

Interessant an dieser Passage ist, dass so etwas wie „Knotenpunkte von Rechtsräumen" benannt werden, etwa *global cities*, Missionsstationen oder Netzwerke; dies ist durchaus wichtig, denn auch Rechtsräume sind strukturierte Räume und „bewohnt" von bestimmten Akteuren, die *das* Recht und *über* Recht kommunizieren.

Aber noch auf einem zweiten, uns wichtig erscheinenden Punkt macht Duve aufmerksam; für eine zu ihrem Kern vordringende Erfassung von *normative spaces* bedürfe es – erstens – einer *multidisziplinären Herangehensweise* und zum zweiten des Hineinstellens normativer Felder in ihren jeweiligen kulturellen Kontext; zusammenfassend heißt es dazu bei ihm wie folgt:

> „Das für eine solche, eine Welt von ‚Multinormativität' ernst nehmende Wissenschaft notwendige analytische Instrumentarium kann […] nur über einen empirischen Zugang gewonnen werden, der Felder von Normativität erfasst und ordnet, letztlich also über ein empirisch gegründetes und interkulturell validiertes Modell unterschiedlicher Formen von Normativität. Dafür bedarf es der Zusammenarbeit von Disziplinen, die sich nicht allein mit Recht, sondern mit unterschiedlichen socio-legal arenas beschäftigen – und teilweise gerade nicht an rechtswissenschaftlichen Fakultäten verortet sind. Es bedarf ethnologischer, soziologischer, kulturwissenschaftlicher, religionswissenschaftlicher etc. Expertise.
>
> Ein solcher letztlich nicht inter-, sondern transdisziplinärer Zugang ist freilich nicht allein für eine Transnationale Rechtswissenschaft und deren transkulturelle Kommunikation über Recht notwendig. Diese macht vielmehr nur anschaulich, was Rechtstheorie und Rechtssoziologie ohnehin seit langer Zeit fordern: Nämlich die Abkehr von einem geisteswissenschaftlichen, philosophischen oder historisch-hermeneutischen Rechtsbegriff als Grundlage der Rechtswissenschaft. Wirklichkeitswissenschaftliche, *empirische Rechtsbegriffe sind damit vermehrt in das Aufmerksamkeitsfeld gerückt*. Kulturwissenschaftlich gesprochen geht es um eine Analyse des gesellschaftlichen Symbolsystems ‚Recht', mit all seinen historischen Kontingenzen. Das hat bedeutende Folgen für die Verbindung von Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen: Recht wird dann nicht mehr nur als ein bloß irgendwie in eine Kultur eingebettetes Phänomen gesehen, sondern *es ist Kultur selbst, die Recht produziert*. Um dieses

Recht zu analysieren, müssen die Regeln kultureller Produktion verstanden werden, was den Zugriff auf eine Reihe von Disziplinen erfordert; Rechtstheorie, Rechtssoziologie, aber auch die Rechtsgeschichte als Ort der Forschung über die Evolution von Recht, mit allen seinen historischen Kontingenzen, bekommen eine konstitutive Funktion für diesen Prozess der Integration anderer Disziplinen." (Duve 2013b, S. 10 f.)

Dies ist wahrlich ein anspruchsvolles Forschungsprogramm, das uns aber durchaus einleuchtet und daher auch dazu animiert, mit unseren bescheidenen Mitteln an ihm mitzuwirken.

IV. Die *organizational fields* von Paul DiMaggio und Walter Powell

Was dieses auf einer etwas anderen Ebene angesiedelte Feld angeht, so bedarf es wohl zunächst einer Erklärung dafür, was es hier an dieser Stelle zu suchen hat. Gestoßen sind wir auf die *organizational fields* (DiMaggio und Powell 1983) bei einem der von Thomas Duve so genannten normativen Knotenpunkte, nämlich den Missionsgesellschaften und ihren normativen Produkten, den sogenannten Missionsordnungen.

In einem ebenso umfangreichen wie grundlegenden Beitrag hat sich Hartmut Tyrell (2004) mit der beeindruckenden Vielfalt protestantischer Missionsgesellschaften beschäftigt, und zwar vor allem aus organisationssoziologischer Perspektive. Durch diese ja durchaus nicht übliche organisationssoziologische Brille gelingt es Tyrell, die Missionsgesellschaften als Organisationen eigenen Typs wahrzunehmen, die sich – und dies ist für uns interessant – in einem spannenden *semi-autonomous social field* bewegen; zu diesem in deutlicher Distanz zum Staat wie auch zu den Amtskirchen quasi autonomen normativen Feld heißt es bei ihm wie folgt:

„Sie [die Missionsgesellschaften, G. F. S.] sind es [Gegenstand organisationssoziologischer Forschung, G. F. S.] als spezialisierte religiöse Organisationen jenseits von Kirche und Sekte, als organisierte Akteure mit transkontinentalen und […] ‚transkulturellen' Reichweiten; sie sind es als Organisationen in einem Feld der wechselseitigen Beobachtung und Imitation, der Konkurrenz und Kooperation miteinander und innerhalb eines Netzwerks von eindeutig globalem Zuschnitt, und sie sind es als spezialisierte religiöse Organisationen jenseits von Staat und Kirche. Die denominationelle Vielfalt des Protestantismus und ein europaweit (und bis in die Vereinigten Staaten) vernetztes überkonfessionelles ‚neupietistisches' und ‚erwecktes' Milieu bilden den sozialen Untergrund der Missionsbewegung; die gewählte Organisationsform aber ist die der ‚voluntary association', zu deutsch: des ‚Vereins'." (Tyrell 2004, S. 77)

Als religiöse Vereine, die von ihrem Selbstverständnis her weder der verlängerte Arm des Staates noch der der Amtskirchen sein wollen, sind sie in besonderem Maße auf die Motivation ihrer Mitglieder und – als *fundraising institutions* – die Spendenbereitschaft ihrer Unterstützer angewiesen:

„[…] sie [religiöse Vereine, G. F. S.] sind, was ihre Aktivierung angeht, […] stark angewiesen auf moralischen Zusammenhalt und ein bestimmtes ‚freiwilliges', aber konsensuell zielgerichtetes ‚Engagement' ihrer Mitglieder. Und solches Setzenmüssen auf die motivationalen Ressourcen der Mitglieder sowie auf die Mobilisierung der weiteren ‚Missionsgemeinde', die spendet und betet […], gilt erst

> recht für die Missionsgesellschaften. Die enthusiastischen, ‚vom Geist der Liebe getriebenen' Anfänge gehören zur Gründungslegende fast jeder Gesellschaft. Nahezu alle gerieten dann aber unter Komplexitätsvorzeichen, nämlich unter dem Druck umfangreicher werdender Aufgaben und Verpflichtungen, auf den Kurs von (ganz im Weberschen Sinne) Bürokratisierung und Wachstum." (Tyrell 2004, S. 81)

Als solchermaßen professionalisierte und bürokratisierte Institutionen hatten sie sich in einem von anderen Missionsgesellschaften dicht „bevölkerten" *organizational field* zu bewegen[4], was zu Situationen von gegenseitiger Konkurrenz und des sich gegenseitig Beobachtens führte. Dieses unverbundene Nebeneinander der Missionsgesellschaften wurde zunehmend als unbefriedigend empfunden. Um dem abzuhelfen, wurden nach 1850 mit wachsender Regelmäßigkeit interdenominationelle und internationale Konferenzen abgehalten, auf denen die den gemeinsamen protestantischen Glauben betreffende Probleme erörtert werden konnten:

> „Nicht zufällig beginnt das auf den asiatischen Missionsfeldern: seit 1855 in Indien, seit 1872 in Japan und seit 1877 in China. Die Multifunktionalität dieser Konferenzen sieht man leicht ein; sie sind über Absprachen und Streitschlichtung hinaus – bezogen auf Information, Beratung und persönliche Kontakte – von hohem Wert für den ‚Austausch' unter den Missionaren und Gesellschaften und haben insofern etwas Börsenartiges. Nicht zuletzt sind es gemeinsames Gebet und gemeinsamer Gottesdienst, die auf den ‚Geist der Einigkeit' und protestantische Brüderlichkeit festlegen. Nach 1900 kommt es dann auch zur Etablierung gesonderter gemeinsamer Organe oberhalb der Einzelgesellschaften, etwa eines ständigen Schlichtungsausschusses in Indien (1902). […] Der Konferenzbetrieb ist dann auf nationaler, teils auch übernationaler Ebene aber auch in der Heimat aufgenommen worden; so wurde Bremen zum Treffpunkt der Kontinentalen Missionskonferenz, einer Serie von Konferenzen, an denen Vertreter der französischen, niederländischen, skandinavischen und deutschen Gesellschaften (unregelmäßig) teilnahmen. Es ist dann nur sehr vorsichtig der Weg zur Bildung von Dachorganisationen, von nationalen Missionsraten eingeschlagen worden; […] Am weitesten ging man diesbezüglich (als Pionier) in Deutschland, wo es 1885 zu Gründung des gemeinsamen ‚Ausschusses' kam, der gesonderte Vollmachten erhielt; es galt, die Gesellschaften vor dem Kolonialamt zu vertreten. Die weitere, von da vorgezeichnete Entwicklung kann hier nicht nachgezeichnet werden, aber daß auch hier *das ‚isomorphe Prinzip' des Lernens, Imitierens und Adaptierens mit im Spiel war*, ist unschwer zu ersehen." (Tyrell 2004, S. 131 f.)

Wie man hieraus lernen kann – und dieses Ergebnis ist uns wichtig – sind Institutionen – und dies gilt auch und gerade für Normproduzenten – nicht nur in ihren spezifischen kulturellen Kontext zu stellen, sondern auch vor dem Hintergrund ihres jeweiligen organisatorischen Umfeldes zu sehen; dieses jeweils spezifisch strukturierte *organizational field* näher in Augenschein zu nehmen, ist unseres Erachtens unerlässlich, weil es das *organiza-*

---

[4] In Südafrika fanden sich im Jahre 1872 neben den Berlinern: die Mission der Brüdergemeinde, die Londoner Missionsgesellschaft, die südafrikanische Missionsgesellschaft, die Methodisten (Wesleyaner), die beiden schottischen Missionsgesellschaften, weiterhin die rheinländische, die Pariser, die amerikanische und die Norweger Missionsgesellschaft, die Hermannsburger, ferner die bischöfliche-anglikanische und die finnländische Mission, schließlich die von römisch-katholischer Seite (Tyrell, Fußnote 316).

tional behavior einer Institution zu erklären vermag, das sich eben auch auf die Art ihrer Normproduktion auswirken kann.

Nach diesen methodischen Annäherungen scheint es uns an der Zeit zu sein, einige von uns ausgewählte normative Felder etwas genauer anzusehen.

C. Eine kleine Reise durch fünf normative Felder und zu den in ihnen beheimateten Normproduzenten

I. Gesellschaftliche Subsysteme und „ihr" Recht

Dass gesellschaftliche Subsysteme dazu neigen, die für ihre spezifischen Funktionserfordernisse notwendigen Regeln selbst zu entwickeln – und zwar insbesondere dann, wenn der Staat seiner diesbezüglichen Bereitstellungsaufgabe (zur Bereitstellungsfunktion des Rechts siehe Schuppert 1993) nicht nachkommen kann oder will – soll hier an zwei Beispielen vorgeführt werden, dem „Recht der Wirtschaft" und dem „Recht des Sports".

1. Das Recht der Wirtschaft

Eines der wichtigsten Subsysteme, dessen Funktionsfähigkeit über das Wohlergehen einer Gesellschaft maßgeblich mitbestimmt, ist – wie es abkürzend und vereinfachend heißt – „die Wirtschaft". Wirtschaftliche Prozesse sind Transaktionsprozesse und Transaktionsprozesse sind – um die sogenannten *transaction costs* niedrig zu halten – auf verlässliche rechtliche Rahmenbedingungen angewiesen; dieser Zusammenhang von ökonomischer Rationalität und der Produktion von Rechtssicherheit durch ein rechtstaatlich verfasstes Gemeinwesen dürfte als unstreitig akzeptiert sein.

Wenn es an solchen verlässlichen Regeln fehlt – etwa im transnationalen Raum, der der nationalstaatlichen Regelungskompetenz nicht unterfällt – wird „die Wirtschaft" selbst als Normproduzent aktiv, gibt sich also gewissermaßen die Regeln selbst, die Transaktionen auf globalen Märkten erleichtern beziehungsweise erst ermöglichen; Dieter Grimm hat diese Art der Normproduktion wie folgt beschrieben:

> „Jenseits der Nationalstaaten aber und jenseits der internationalen Organisationen breiten sich Formen der Rechtsentstehung aus, auf welche die Staaten und diese Organisationen gar keinen Einfluss mehr erhalten. *Globale Märkte schaffen sich rechtliche Regulierungen ganz unabhängig von der Politik*. In wachsendem Maße schließen multinationale Unternehmen, vertreten durch international agierende Anwaltskanzleien, Verträge, die sie keiner nationalen Rechtsordnung und keiner nationalen Gerichtsbarkeit mehr unterstellen. Im Konfliktfall entscheiden vielmehr internationale Schiedsgerichte, die ein transnationales Recht anwenden sollen, das sie im Zuge der Anwendung zum großen Teil selbst erschaffen und welches sich dann durch Nachahnung in ähnlich gelagerten Fällen verbreitet." (Grimm 2003, S. 19)

In eine ganz ähnliche Richtung gehen die Beobachtungen Thomas Duves, der davon spricht, dass sich in den letzten Jahrzehnten geradezu ein Markt für neben den staatlichen Strukturen praktiziertes Recht herausgebildet habe:

> „Eine Masse neuer nicht-staatlicher Normen und Entscheidungsinstitutionen ist herangewachsen – im Umfeld des Internet, im Bereich der Wirtschaft, im Sport; […].
>
> Die Bedeutung dieses die Grenzen nationaler oder auch supranationaler Institutionen überschreitenden Rechts ist dabei keineswegs auf Europa, Industrienationen oder Räume intensiver rechtlicher Kooperation beschränkt. Im Gegenteil: Die zunehmende Integration der sog. Entwicklungs- und Schwellenländer in die Weltwirtschaft, als Produktionsstätten oder Rohstofflieferanten, hat gerade die dort lebende Bevölkerung in vielerlei Hinsicht Regeln und Praktiken unterworfen, die weder lokal, noch staatlich, noch international, sondern *allein durch nicht-staatliche Akteure entworfen worden sind*. ‚Global Governance' hat Regeln und Durchsetzungsinstrumente geschaffen, die in ihrer Wirkung auf Staaten oder Menschen der klassischen Verhaltenssteuerung und Sanktion von Fehlverhalten durch Recht gleichkommen, diese teilweise sogar noch übertreffen. Die *im staatlichen Rechtssystem entwickelten Sicherungen gegen die Akkumulation von Marktmacht*, Kontrollmechanismen und Rechtsschutzinstanzen laufen in diesem Raum nicht-staatlichen Handelns nicht selten leer, mit zum Teil gravierenden Folgen für die Menschen. Auch wegen mancher modernisierungstheoretisch inspirierter Hoffnungen (Law and Development; Theorien des Legal Transplant etc.) und nicht zuletzt weil der Export und Import von Recht und die damit verbundenen Dienstleistungen seit den 90er Jahren deutlich gestiegen sind, *hat sich in den letzten Jahrzehnten geradezu ein Markt für solches neben den staatlichen Strukturen praktiziertes ‚Recht' mit entsprechenden kommunikativen und institutionellen Netzwerken gebildet*." (Duve 2013b, S. 6)

Aber ein von der Wirtschaft selbst geschaffenes Recht ist nicht etwa – wie man denken könnte – nur eine Konsequenz von Transnationalisierung und Globalisierung und somit ein durch und durch modernes Phänomen; bereits in seiner im Jahr 1933 gehaltenen Freiburger Universitätsrede hat Hans Großmann-Doerth das Verhältnis von selbstgeschaffenem Recht der Wirtschaft und staatlichem Recht thematisiert und zwar am Beispiel der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen"; diese Geschäftsbedingungen qualifiziert er ausdrücklich als „Recht" und behandelt infolgedessen das Verhältnis von selbstgeschaffenem Recht der Wirtschaft und staatlichem Recht als einen *Anwendungsfall normativer Pluralität*:

> „Ich nenne die Allgemeine Geschäftsbedingung ‚Recht' – im Gegensatz zum staatlichen Recht das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft. Das ist eine Erweiterung des Begriffes ‚Recht': anders als das staatliche Recht gilt ja die Allgemeine Geschäftsbedingung für den Einzelvertrag nicht ohne weiteres, sondern nur auf Grund einer dahingehenden Vereinbarung der Parteien, also kraft Parteiwillens. Dieser Gegensatz ist gewiss nicht bedeutungslos: Die Rechtsprechung hat darüber zu wachen, daß im Einzelfall die Allgemeine Geschäftsbedingung nicht ohne solchen Parteiwillen Geltung erlange, und sie besitzt hier ein wirksames – übrigens nicht immer ausreichend verwertetes – Mittel, um gegenüber diesem selbstgeschaffenen Recht die Rechtspolizei auszuüben. Doch darf die praktische Bedeutung dieses Gegensatzes zum staatlichen Rechte nicht allzu hoch bewertet werden: Die Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingung als lex contractus des Einzelvertrages ist in weiten Gebieten des Wirtschaftslebens reine Formsache. Diese Rechtsnormen bedürfen zur Geltung des Parteiwillens, aber hinter ihnen stehen regelmäßig gesellschaftliche Mächte, welche dafür sorgen, dass dieser Parteiwille sich zur Verfügung stellt. Und hiervon abgesehen hat die Allgemeine Geschäftsbedingung dieselbe Stellung wie die staatliche Rechtsnorm: nicht von den Parteien des Einzelvertrages gestaltet, von ihnen im Gegenteil meist unabhängig, ja recht oft ihnen gegenüber unabänderlich, sind die Allge-

meinen Geschäftsbedingungen wie das staatliche Recht einer Macht, welche von außen das Vertragsverhältnis bestimmt. Diese Gleichheit der gesellschaftlichen Stellung berechtigt m. E., die Allgemeine Geschäftsbedingung ‚Recht' zu nennen. Und das ist keine nur terminologische Frage. Ich wähle diese Bezeichnung absichtlich immer wieder und auch heute, um damit die wirkliche Bedeutung dieser von Juristen meist nicht genügend gewürdigten Entwicklung zu kennzeichnen. Ganz gewiß nicht deshalb nenne ich die Allgemeine Geschäftsbedingung Recht, weil ich diese Entwicklung gutheiße, sondern im Gegenteil, weil ich dieses Nebeneinander der beiden Rechtsordnungen, der staatlichen und der wirtschaftlichen, für eine höchst problematische Angelegenheit halte." (Großmann-Doerth 2005, S. 78 f.)

Alle drei Literaturstimmen machen deutlich – und dies scheint uns als kleine Zwischenbilanz hervorhebenswert – dass dieses selbstgeschaffene Recht nicht gewissermaßen subjektlos entsteht und auch nicht im Schoße einer konturenlosen Zivilgesellschaft geboren wird, sondern dass auch hier *benennbare Akteure* am Werk sind, seien dies die großen, international tätigen Anwaltskanzleien (dazu sogleich mehr), die von Duve identifizierten kommunikativen und institutionellen Netzwerke oder juristisch in der Regel professionell „gecoachte" Wirtschaftsverbände.

Wenn wir aber nach einem semi-autonomen Feld suchen, an dem die Eigenproduktion von Normen durch das Subsystem Wirtschaft besonders deutlich wird, dann ist es der Bereich der Standardsetzung, auf den wir jetzt einen näheren Blick werfen wollen.

a) Standards und ihr semi-autonome Feld: Standards als Normen der Wirtschaft für die Wirtschaft

In welch intensiver Weise ein großer Teil der Standardsetter ihre Normenproduktion als Serviceleistung für die Wirtschaft versteht, geht schlaglichtartig aus einem Bericht in der Süddeutschen Zeitung von 2002 hervor, in dem über ein Interview mit dem damaligen Präsidenten des Deutschen Instituts für Normung – Dietmar Hartung – berichtet wird, und zwar unter dem schönen Titel „Der Herr der Normen"; in diesem Interview erklärt der „Herr der Normen" den Zusammenhang von Standardisierung und Globalisierung und die Funktion von Produktstandards, immer internationaler werdende Märkte zu erschließen, anschaulich wie folgt:

„Die verschiedenen Normen seien Voraussetzung, um Produkte weltweit vermarkten und erfolgreich an der Globalisierung teilnehmen zu können, sagt Harting. Er ist sich sicher: ‚*Wer die Norm macht, macht auch den Markt.*' Der ehrenamtliche Vereinspräsident weiß nur zu gut, wovon er spricht. Schließlich steht er als persönlich haftender Gesellschafter der Harting Technologiegruppe vor, die nicht zuletzt durch konsequente Normierungsarbeit zum weltgrößten Hersteller von Steckverbindungen für die Elektrotechnik aufgestiegen ist. […]

Für den Firmenchef und DIN-Präsidenten ist dieser Erfolg ein Beleg dafür, *dass Normen Märkte öffnen* und die rasche Umsetzung innovativer Ideen in marktfähige Produkte unterstützen. *Normen werden vor allem von der Wirtschaft für die Wirtschaft gemacht*. Sie sind aber keine Vorschriften, sondern nur Empfehlungen, die auf einem breiten Konsens basieren.

> In den Normungskomitees, in denen insgesamt rund 26.000 Experten mitarbeiten, suchen Vertreter aus Unternehmen, Prüfinstituten, Behörden, Forschung und Entwicklung oder aus Umwelt- und Verbraucherschutzverbänden nach gemeinsamen Lösungen. Der Aufwand für diesen demokratischen Standardisierungsapparat ist enorm. Berechnungen des Fraunhofer Instituts für Innovationsforschung zufolge kosten die Normungsarbeiten in Deutschland rund 700 Millionen Euro im Jahr.
>
> Zugleich aber stehen auf der Habenseite mindestens 16 Milliarden Euro Ersparnisse durch die ausgetüftelte Gleichmacherei des DIN. Auch im Ausland findet die Arbeit Beachtung. Rund 90 Prozent der vom DIN erlassenen Normen werden mittlerweile auch außerhalb Deutschlands verwendet." (Uhlmann 2008, S. 20)

Die „Beheimatung" eines bestimmten Normtyps in einem bestimmten semi-autonomen Feld bedeutet nun aber nicht, dass es für immer bei dieser Zugehörigkeit bleibt; Normenbestände können sozusagen „auswandern", und zwar vom ursprünglichen privaten Entstehungsbereich in den Bereich des öffentlichen Sektors; ein interessantes Beispiel für ein solches Herauswachsen aus dem privaten Sektor und das gleichzeitige Hineinwachsen in den staatlichen Bereich bilden die internationalen Rechnungslegungsstandards, über deren „Wanderschaft" Sebastian Botzem und Jeanette Hofmann Folgendes zu berichten wissen:

> „Das zweite Fallbeispiel zeichnet die Genese grenzübergreifender privater Standards für die Erstellung von Unternehmensbilanzen nach. Entstanden aus einem verbandsbasierten und von Experten dominierten Harmonisierungsprojekt mit zunächst freiwilligem Charakter und alternativ zu nationalen Regelungen, entwickelte sich im Laufe von drei Jahrzehnten eine durchsetzungsfähige private Organisation, deren Standards nahezu weltweite Verbreitung gefunden haben und zunehmend verbindlich werden. Die Entwicklung des ursprünglich freiwilligen Standardisierungsprojekts ist zum einen durch eine zunehmende Integration wichtiger – auch kritischer – Akteure gekennzeichnet. Zum anderen ist eine *Rückbindung an die öffentliche Hierarchie* zu beobachten, vor allem dort, *wo die Anerkennung transnationaler Standards stattgefunden hat*." (Botzem und Hofman 2009, S. 226)

Wir haben es also in solchen Fällen – das andere Fallbeispiel von Sebastian Botzem und Jeanette Hofmann betrifft die Regulierung der Infrastruktur des Internet – mit einer *interaktiven Verzahnung von privaten und staatlichen Akteuren* und der Entstehung gemischter, das heißt privat-staatlicher Regulierungsarrangements zu tun:

> *„Die wechselseitige Abhängigkeit von privaten und staatlichen Akteuren in der transnationalen Regelsetzung* sorgt für eine empirisch beobachtbare Pendelbewegung zwischen eher privat und eher staatlich dominierten Governance-Arrangements. Mit anderen Worten zeigt unser Vergleich, dass sich der Wandel von Governance-Strukturen nicht, wie häufig unterstellt, linear entweder als Entstaatlichungs- oder neuerdings als ‚Re-Regulierungsprozess' […] vollzieht, sondern vielmehr als ein Oszillieren zwischen verschiedenen Formen grenzübergreifender Normsetzung. Der empirische Vergleich verweist auf unterschiedliche Phasen im Zusammenspiel privater und öffentlicher Akteure und verdeutlicht die Dynamik grenzüberschreitender Standardisierung. Allerdings, und das ist ein weiteres Ergebnis des Fallvergleichs, haben wir es nicht bloß mit einer Pendelbewegung zu tun, die zur Ausgangsposition zurückführt. *Die Akteurskonstellationen durchlaufen organisationale und funktionale Veränderungen im Zuge der Aushandlungsprozesse.* Zumindest gegenwärtig spricht vieles dafür, dass sich die Problemwahrnehmungen, Organisationsstrukturen und Legitimationsstrategien der Akteure dabei tendenziell angleichen […]. Darin wird zugleich eine doppelte Dynamik transnationaler Regulierungsarrangements sichtbar: Sie bezieht sich also sowohl auf den Inhalt der jeweiligen Regulierungsmaßnahmen

wie auch auf die *Ausgestaltung der privat-staatlichen Regulierungsarrangements.*“ (Botzem und Hofman 2009, S. 227 f.)

b) *Die Normproduzenten:* Non-State Actors as Standard Setters

Diejenigen Institutionen, die Standards produzieren, heißen – auch im deutschen Sprachgebrauch – Standardsetter. Diese Institutionen sind – wie insbesondere Anne Peters et al. in ihrem materialreichen Buch über *Non-State Actors as Standard Setters* (2009c) darlegen – überwiegend nicht-staatlicher Natur; Anne Peters, Lucy Koechlin und Gretta Fenner-Zinkernagel erklären in ihrem Einleitungsbeitrag diesen Bedeutungsgewinn nicht-staatlicher Regulierungsakteure mit einer vor allem durch Transnationalisierung und Globalisierung bewirkten generellen Gewichtsverlagerung zwischen Markt und Staat, wie sie insbesondere in der *Erosion des staatlichen Regulierungsmonopols* zum Ausdruck komme:

> „On all levels of governance, standard setting (norm formation or regulation), is no longer the exclusive domain of states or governmental authorities. The role and the capacity of increasingly diverse and polymorphous non-state actors involved in standard setting are expanding. Also, the processes by which norms are shaped are becoming more varied. Finally, the rapidly growing number of national, sub-national, and international standards has increased these standards' diversity, but also regulatory overlap and norm conflicts.
>
> The context in which the proliferation of non-state actors' standard setting occurs is well known. Globalisation, liberalisation and privatisation waves which swept the globe in the 1980s and 1990s have contributed to *shifting the focus away from the state* as the sole source of regulation. The result is the often referenced blurring of the public and the private sectors. The integration of national economies into a world economy has diminished or at least modified the authority of the state and has pushed its regulatory capacity to its limits both in substance and in terms of territorial scope. Policy issues that have formerly been treated at the level of nation states, for instance environmental pollution, migration, or organized crime, are increasingly understood as phenomena with global scope and global roots which cannot be tackled in a satisfactory manner through national standard setting.“ (Peters et al. 2009b, S. 1 f.)

Unter den *non-state actors* spielen in den Beiträgen von Anne Peters et al. vor allem zwei Akteurstypen eine zentrale Rolle, nämlich NGOs und TNCs (Transnational Corporations); da wir diese beiden Typen von Governanceakteuren etwas später noch gesondert behandeln wollen, geben wir an dieser Stelle einer anderen Typologie von Standardsettern den Vorzug, in der auch in besonders gelungener Weise die soeben schon angesprochene *Gemengelage von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren* zum Ausdruck kommt:

Hans Christian Röhl hat uns in seinem Beitrag über „Internationale Standardsetzung“ (2007) vier Typen der Standardsetzung vorgestellt, die sehr schön zeigen, dass man *Standards und Standardsetter* eigentlich immer zusammen denken muss, weil in diesem Bereich der nicht-staatlichen Regelsetzung die Paarungen keineswegs so klar sind wie bei Gesetz und Gesetzgeber oder Verordnung und Verordnungsgeber; während wir bei den klassischen Rechtsetzungsarten den Normautor sozusagen immer im Hinterkopf haben, ist dies bei der Vielfalt von Standards und standardsetzenden Akteuren einfach unmöglich, ein

Befund, der durch einen Blick auf die Röhl'schen vier Typen der Standardsetzung bestätigt wird, die eigentlich eher *vier Typen standardsetzender Organisationen* sind:

(1) „Die Normsetzung im Rahmen der ISO (International Organization for Standardization). Hier handelt es sich um Standardsetzung in privater Rechtsform, die allerdings auf einer Beteiligung der jeweiligen nationalen Normungsorganisationen aufsetzt. Es geht um – unverbindliche – Standards, die von einer quasi privaten Institution erarbeitet werde. Sie zielen vor allem und zunächst auf die Koordination des Verhaltens Privater. Für das Europäische Recht sind sie deshalb von Relevanz, weil das Europäisch Normungsinstitut CEN seine Normen in großem Umfang auf die in der ISO erarbeiteten Normen stützt bzw. diese in Kooperation mit der ISO erarbeitet. Die CEN-Normen (und ihre jeweilige nationale Umsetzung) ihrerseits spielen aber eine zentrale Rolle im Rahmen des New Approach der Europäischen Produktsicherheitspolitik.

(2) Codex Alimentarius: Ebenfalls unverbindlich sind die im Rahmen der Codex Alimentarius Kommission erarbeiteten Lebensmittelstandards (Codex Alimentarius). Es handelt sich um Standardsetzung unter dem Dach zweier Internationaler Organisationen (FAO/WHO). Formell Mitwirkende sind hier die Staaten. Es handelt sich also im Vergleich zur ISO um eine auf völkerrechtlicher Grundlage beruhende Einrichtung. Die Übernahme in staatliche Regelungen ist sehr viel deutlicher als im Falle der ISO die Zielrichtung dieser unverbindlichen Standards.

(3) Als ein drittes Beispiel soll hier die unter dem Dach völkerrechtlicher Organisationen stattfindende Regelsetzung genommen werden, die Standards über die Änderungen von Anhängen zu völkerrechtlichen Verträgen setzt. Dieses – wenn man so will – sekundäre Völkerrecht ist gerade darauf angelegt, in staatliches Recht umgesetzt zu werden. Als Muster hierfür sollen Abkommen im Verkehrsbereich dienen: Die durch das Chicagoer Abkommen gegründete Internationale Zivilluftfahrt Organisation (ICAO) und die International Maritime Organisation (IMO).

(4) Schließlich lässt sich ein Trend zu Standards beobachten, die in exklusiven Organisationen entstehen, die nicht generell auf eine allgemeine internationale Zugänglichkeit setzen. Sie können auf der Zusammenarbeit ausgewählter Behörden beruhen, z. B. der Zusammenarbeit im Basler Ausschuss für Bankenregulierung, oder sogar eine rein private Standardsetzungsorganisation sein, wie etwa das International Accounting Standards Board (IASB) als Instanz für die Regeln internationaler Rechnungslegung, International Fiscal Reporting Standards (IFRS)." (Röhl 2007, S. 321 f.)

2. Das Recht des Sports

Das Recht des Sports ist Verbandsrecht. Dies findet seine einfache Erklärung darin, dass Sport – nicht nur in Deutschland, sondern international – Verbändesport ist, ein Befund, den Uwe Schimank wie folgt formuliert hat:

„*Die Sportvereine bzw. vereinsäquivalenten Sportorganisationen sind in Sportverbände eingebettet*. Verbände sind zunächst organisatorische Zusammenfassungen von Personen, die Sport – zumeist eine bestimmte Sportart – ausüben. […] Sportverbände existieren für fast jede einzelne Sportart – beispielsweise der Deutsche Fußballbund – und auch als übergreifende Organisationen – etwa der Deutsche Sportbund. Nationale Verbände sind wiederum in internationale Verbände eingebunden. Die Sportverbände haben mehrere Funktionen […]. *Die Verbände setzen die Regeln der jeweiligen Sportarten fest und überwachen die Regeleinhaltung* bei Wettkämpfen, ratifizieren Siege und Rekorde, organisieren und koordinieren Wettkämpfe und *repräsentieren den Sport nach außen* – insbesondere gegenüber staatlichen Instanzen." (Schimank 1988, S. 191)

Die starke Stellung der Sportverbände beruht vor allem auf dem sogenannten Ein-Verbands-Prinzip, das ihnen gerade auch *im Bereich der Regelsetzung ein faktisches Monopol* beschert, eine Konstellation, die Klaus Vieweg in seiner materialreichen Untersuchung wie folgt erläutert:

> „Das Ein-Verbands-Prinzip besagt, daß zum einen für jede Sportart nur ein Verband ausschließlich zuständig ist (fachliche Komponente) und daß zum andern für ein abgegrenztes Territorium nur jeweils ein Verband bestehen soll (geographische Komponente). Mit den daraus ableitbaren verschiedenen Varianten des Ein-Verbands-Prinzips werden *fachlich-räumliche Monopolstellungen* der internationalen und nationalen Sportverbände begründet. *Dies erleichtert die Kontrolle eines nach einheitlichen Regeln durchgeführten Sports* und hilft, konkurrenzbedingte Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Das Ein-Verbands-Prinzip ist in den Satzungen der weltweit tätigen internationalen Sportverbände, der Kontinental und Regionalsportverbände und -organisationen durchgängig normiert. Praktisch relevante Ausnahmen finden sich nicht." (Vieweg 1990, S. 66)

Weil sich dies alles so wohl organisiert verhält, behandeln sowohl die Verbände als auch ihre Mitglieder die entsprechenden Regeln als „ihr" Recht, was – wie Vieweg hervorhebt – den soziologischen Gegebenheiten entspreche:

> „Das gemeinsame Interesse von Verband und typischerweise betroffenen Mitgliedern geht zunächst dahin, die Verbandsnormen als Rechtsnormen zu qualifizieren. Auf diese Weise kommt am besten zum Ausdruck, daß die Verbandsnormen Teile einer Gesamtordnung sind, die alle Mitglieder gleichermaßen bindet und nicht individuell aushandelbar ist. *Die Annahme einer Rechtsnormqualität entspricht den soziologischen Gegebenheiten*. Sie findet in den Bezeichnungen der Satzungen und Nebenordnungen der deutschen Sportverbände als ‚Grundgesetz', ‚Gesetze' und ‚Ordnungen' ihren Ausdruck." (Vieweg 1990, S. 323)

Eine weitere wesentliche Stütze der Macht der Sportverbände bestand bisher – das heißt bis zum Urteil der Oberlandesgerichts München vom 15. Januar 2015 – in dem von ihnen beanspruchten *Streitschlichtungsmonopol*, das wiederum darauf beruhte, dass die an internationalen Wettkämpfen teilnehmenden Athleten eine Erklärung unterschreiben mussten, in der sie die alleinige Zuständigkeit der Disziplinarkommissionen des jeweiligen Verbandes sowie in letzter Instanz des Court of Arbitration for Sports (CAS) in Lausanne für alle Schiedssprüche „unter vollständigem Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit" anerkannten.

Das Oberlandesgericht München hat mit seinem genannten Urteil nunmehr diesen Stützpfeiler der Verbandsmacht zum Einsturz gebracht, indem es die von den Sportlern verlangte Erklärung wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Monopolstellung für rechtswidrig erklärte. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist damit eröffnet, was deswegen als ein wichtiger Meilenstein anzusehen ist, weil diese Schiedsgerichte – wie das Gericht überzeugend ausführt – durch ein strukturelles Übergewicht der Verbandsvertreter gekennzeichnet waren.

Aber das Urteil des Oberlandesgerichts München verdient nicht nur deswegen unser Interesse, weil es in der *causa* Pechstein die Monopolstellung der Sportverbände bei der Streitschlichtung erschüttert hat, sondern noch aus einem weiteren Grund: das Gericht

argumentiert nämlich in seinen Entscheidungsgründen vor allem kartellrechtlich und betont den wirtschaftlichen Charakter organisierter Sportausübung in einer Art und Weise, die das Recht des Sports nahezu als einen Unterfall des Rechts der Wirtschaft erscheinen lässt. Dies beginnt schon mit der Person der Klägerin Claudia Pechstein, die folgendermaßen vorgestellt wird: „Die Klägerin ist eine international erfolgreiche Eisschnellläuferin, die ihren Lebensunterhalt mit der Ausübung dieses Sports verdient". Besonders interessant aber ist, was das Gericht zum Unternehmertum des Internationalen Fachverbandes für Eisschnelllauf – der Beklagten zu 2. – ausgeführt hat:

> „Eine wirtschaftliche Tätigkeit, wie sie der Unternehmensbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen voraussetzt, ist jede, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht der Umstand, dass eine Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweist, der Anwendung der Regelungen des Wettbewerbsrechts nicht entgegen […]. Sportvereine sind insoweit als Unternehmen anzusehen, als sie sich auf dem Markt für Sportveranstaltungen betätigen […], weil sie die entsprechenden Dienstleistungen anbieten.
>
> Sachlich relevant ist im Streitfall der Markt des Angebots der Durchführung von Weltmeisterschaften im Eisschnelllauf.
>
> Die Beklagte zu 2. ist auf dem relevanten Markt der Zulassung zu Eisschnelllauf-Weltmeisterschaften Monopolistin und daher als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin der Vorschriften des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB a. F.
>
> Auf dem Markt des Angebots von Weltmeisterschaften im Eisschnelllaufsport ist die Beklagte zu 2. wegen des Ein-Platz-Prinzips der einzige Anbieter und daher mangels Wettbewerber als Monopolistin gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a. F. marktbeherrschend. Einem marktbeherrschenden Unternehmen ist es gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB a. F. verboten, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Danach durfte die Beklagte zu 2. von der Klägerin die Zustimmung zu der Schiedsvereinbarung vom 2. Januar 2009 nicht verlangen." (OLG München, Teil-Urteil vom 15.01.2015, Rn. 77 ff.)

Sport und Kommerz – so können wir zusammenfassen – liegen also dicht beieinander und sind auch in ihrer Neigung vereint, nicht nur sich ihre eigenen Regeln zu geben sondern auch allfällige Rechtsstreitigkeiten der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen und Schiedsgerichten zu überantworten.

Nach diesem lehrreichen Ausflug in die offenbar eng verknüpfte Welt der Wirtschaft und des Sports wollen wir uns einem anderen normativen Feld zuwenden, nämlich der Welt der Grundrechte.

II. Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung und als überindividuelle Sinnfelder

Dass Grundrechte mit ihren Schutzbereichen spezifische normative Felder eröffnen und gleichzeitig rechtlich umhegen, ist ein Aspekt, auf den unsere Aufmerksamkeit erst durch die Lektüre der Beiträge des 2014 erschienenen, von Thomas Vesting, Stefan Korioth und

Ino Augsberg herausgegebenen Bandes mit dem Titel *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung* gelenkt worden ist. Worum es den Herausgebern dabei geht, erläutern sie in ihrem Vorwort wie folgt:

> „Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen werden in der gegenwärtig dominierenden Lesart weitgehend mit individuellen Freiheiten gleichgesetzt. Leitbild ist die Autonomie des einzelnen Subjekts. Über die Individualdimension hinausweisende ‚kollektive' oder ‚institutionelle' Aspekte des Grundrechtsschutzes bilden in dieser Perspektive nur ein Sekundärphänomen, das sich von der primär einschlägigen Individualfreiheit ableitet. […] Die nachfolgenden Beiträge des Bandes stellen diese geläufige Sichtweise auf die Probe. Sie gehen aus von der Frage, inwieweit die überkommene Grundrechtstheorie und -dogmatik den *transsubjektiven gesellschaftlichen Gehalt*, der sich in den Grundrechten ausspricht, systematisch unterschätzt." (Vesting et al. 2014, S. V)

Als wir dann weiter gelesen und uns angeschaut haben, welche Grundrechte in diesem Zusammenhang als besonders prominent hervorgehoben werden, nämlich die Koalitionsfreiheit, die Religionsfreiheit und die Berufsfreiheit, ist uns schlaglichtartig klar geworden, dass man die dort institutionell umhegten Schutzbereiche *als normative Felder verstehen kann*, als *semi-autonomous social fields*, in denen spezifische Typen von Normproduzenten agieren. Diesen an uns erfahrenen Aha-Effekt möchte wir gern an den Leser weitergeben und schlagen deshalb vor, uns gemeinsam die Argumentation von einigen der in dem genannten Band vereinten Autoren etwas genauer anzusehen.

1. Zum kollektiven Verständnis der Grundrechte

Dem herrschenden subjektivistischen Verständnis der Grundrechte wollen die Beiträge des genannten Bandes ein *kollektives Grundrechtsverständnis* entgegensetzen; unter der bezeichnenden Überschrift „Der Vorrang des Ganzen – als Regel und Institution" skizzieren die Herausgeber ihren kollektiven oder vielleicht besser *institutionellen* Ansatz wie folgt:

> „Eben diesen [kollektiven, G. F. S.] Aspekt verkennen die heute vorherrschende Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik. Statt anzuerkennen, dass vor aller (notwendigen) staatlichen Strukturierung der Grundrechtsausübung die Selbstorganisation der Gesellschaft durch eine *Infrastruktur aus sozialen Normen, Institutionen, Praktiken, Konventionen und Lebensformen* liegt, die das Werden der Subjekte und die kollektive Ordnung zwischen den Subjekten konstituiert, das heißt die Regeln ihrer Ko-Existenz ausbildet, wird das Individuum als nicht weiter zu hinterfragende Realität genommen. Diese Sichtweise verdinglicht das Subjekt als Freiheitsträger, um dieses sodann in eine Beziehung zur (ebenfalls verdinglichten) kollektiven Ordnung der Gesellschaft zu setzen, die als durch den Staat bzw. die Demokratie gestiftet begriffen wird.
>
> Damit wird die immer schon existierende *Abhängigkeit des Individuums von Regeln und Institutionen* ausgeblendet. Diese Ausblendung führt zu einem Missverständnis der Institutionen, die dann lediglich als auf Dauer gestellte ‚institutionelle Komplexe' im öffentlichen Raum erscheinen. Statt den Begriff dergestalt zu verengen, ist er […] in einem weiten Sinn als eine ‚Gesamtheit von Handlungen und Vorstellungen' zu bestimmen, die sich ‚vollkommen eingebürgert haben'; Institution bezeichnet danach die Summe der ‚Handlungs- und Denkweisen, die das Individuum als ‚schon bestehend vorfindet und deren Weitergabe sich ganz allgemein durch die Erziehung vollzieht' […]. Gerade die moderne Gesellschaft muss als abhängig von einer Fülle zerstreuter Praktiken und Institutionen gedacht

> werden. Man könnte in der theoretischen Sprache der Institutionenanalyse auch von Normen als dezentralisierten gesellschaftlichen Mechanismen sprechen, die Verhalten regeln und damit gesellschaftliche Folgen haben.“ (Vesting et al. 2014, S. 6 f.)

In besonders programmatischer Weise hat sich Thomas Vesting in seinem Beitrag zum kollektiven Grundrechtsverständnis geäußert; zunächst einmal macht er Front gegen ein *Containerverständnis* der Grundrechte, wie es dem Verständnis von Grundrechten als Abwehrrechten zugrunde liege: „Das Grundrechtssubjekt wird im Eingriffsabwehrdenken wie eine Art geschlossener Container gedacht, als ‚Einzelperson‘ oder ‚Individuum‘, das Freiheitsrechte wie Dinge ‚innehat‘ oder ‚besitzt‘, während umgekehrt der abstrakten und geschlossenen Einzelperson der Staat als ebenso abstrakte und geschlossene Rechtspersönlichkeit gegenübersteht“ (Vesting 2014, S. 62). Diesem Ansatz stellt er das Konzept des *kulturell eingebetteten Individuums* gegenüber, das er wie folgt erläutert:

> „Statt von der Freiheit eines isolierten Individuums ist heute von der Vorstellung eines Individuums auszugehen, das kulturell immer schon eingebettet ist, das seinerseits in spezifische Geschichten verstrickt ist und das durch seine eigenen Handlungen, durch sein praktisches Leben, selbst zur Reproduktion von nachbarschaftlichen grundrechtlichen Subjektivitätsformen beiträgt, als erziehender Vater, als Medienkonsument, als Schriftsteller, als Unternehmer oder Freizeitsegler. Das Subjekt der Grundrechte muss als ein untrennbar mit dem Horizont menschlicher Erfahrungen und seiner vor reflexiven Komponenten verwobenes konzipiert werden. In diesen grundrechtstheoretischen Kosmos sind Selbstreflexivität und Selbstbestimmung des Subjekts, das seine Möglichkeiten und seinen Lebensweg sucht, selbstverständlich eingeschlossen. Es wird aber unterstellt, dass ein in die Zukunft hinein offenes Selbst, das sich der sozialen Welt und ihren Zwängen stellt, nur deshalb möglich ist, weil *die Individuen immer schon in normgesteuerten Beziehungen zu anderen stehen*, bereits Teil einer schon stattfindenden Lebensweise sind, schon immer einen Nachbarn haben, bevor der Staat ins Spiel kommt.“ (Vesting 2014, S. 73)

Von dieser Grundposition kommt Vesting zu einem Verständnis der Grundrechte als *grundrechtliche Sinnfelder*, ein Verständnis, das er im Anschluss an die Phänomenologie Edmund Hussers wie folgt skizziert:

> „Die Einsichten der Phänomenologie entziehen nämlich der in der herkömmlichen Grundrechtstheorie und -dogmatik so weit verbreiteten Vorstellung den Boden, Grundrechte als Korpus explizit geschriebener, in einem Dokument niedergelegter und so von allen externen Referenzen – wie etwa Moralnormen, sozialen Konventionen und praktischem Wissen – strikt getrennten Institution fassen zu können. Demgegenüber weist die Phänomenologie die Grundrechtstheorie an, in eine andere Richtung zu denken: Durch ihre Brille gesehen, *muss die Grundrechtstheorie gerade das Eingebettet-Sein aller Grundrechte in Netzwerke praktischer Beziehungen akzentuieren*, was bedeuten würde, Grundrechte als untrennbar von komplexen *sozialen Sinnfeldern* und *kulturellen Lebenswelten* zu betrachten – und dies nicht lediglich deshalb, weil dies den Tatsachen besser entspricht, sondern weil grundrechtliche Normativität überhaupt erst durch praktische (lebensweltliche) Beziehungs- und Kommunikationsnetzwerke, die selbst schon normativ strukturiert sind, konstituiert wird. Schlagwortartig müsste man dann formulieren: Keine Kunstfreiheit ohne die Institutionen und Konventionen des Kunstbetriebs, keine Religionsfreiheit ohne den ‚Eigenbereich‘ gelebter Religionen, keine Eigentums- und Vertragsfreiheit ohne eine praktische Kultur der Marktwirtschaft, keine Medienfreiheit ohne Journalismus, Verlage, Medienunternehmen usw. Grundrechte wären dann als primär impersonale Rechte zu konstruieren und die Individuen, die diese in Anspruch nehmen, als *Interaktionsteilnehmer eines sie stets übersteigenden Beziehungs- und Kommunikationsnetzwerks* anzusehen.“ (Vesting 2014, S. 70 f.)

All diese Überlegungen, die wir absichtsvoll so ausführlich wiedergegeben haben, bestärken uns darin, die Vorstellung von institutionalisierten grundrechtlichen Sinnfeldern für unseren Diskussionszusammenhang mit dem Begriff „normative Felder" im Sinne von *semi-autonomous social fields* zu übersetzen; die nachfolgenden Beispielsbereiche bestätigen eindrucksvoll, dass dies durchaus Sinn macht.

2. Drei Referenzbereiche für grundrechtlich umhegte normative Felder

Im Folgenden geht es um drei von uns ausgewählte Referenzbereiche, in denen Grundrechtskonstellationen im Mittelpunkt stehen, „die nicht (allein) auf den Schutz des einzelnen Grundrechtsträgers beschränkt bleiben, sondern eine übergreifende Wirkdimension entfalten und/oder eine überindividuelle Konkretisierungskomponente voraussetzen" (Augsberg 2014, S. 165). Eine solche „übergreifende Wirkdimension" lässt sich besonders gut an unserem ersten Beispiel – der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – veranschaulichen.

a) Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

Bei der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit liegt der kollektive Charakter dieser Grundrechtsverbürgungen besonders klar zutage; was zunächst die Vereinigungsfreiheit angeht, so ist dies von Steffen Augsberg in seinem Beitrag über „Das kollektive Moment der Wirtschaftsgrundrechte" (Augsberg 2014) wie folgt klar herausgearbeitet worden:

- „Ganz offensichtlich betrifft zunächst die *Vereinigungsfreiheit* unmittelbar das Konzept des Zusammenschlusses von Menschen zu kollektiven Entitäten. Selbst wenn man die Vereinigungen selbst nicht als durch Art. 9 GG geschützt ansieht, ist doch die separat, aber keineswegs normativ singuläre (vgl. etwa auch die Art. 4, 140 GG) Betonung des organisatorisch verfestigten und verstetigten zwischenmenschlichen Kontakts nicht nur als Verstärkung einer individuell-persönlichkeitsorientierten Schutzrichtung zu begreifen, sondern besitzt als *‚Prinzip freier sozialer Gruppenbildung' einen verfassungsgerichtlich anerkannten, funktional der rechtsstaatlichen Demokratie zugeordneten Eigenwert*.
- Ferner ließen sich die teilweise in Art. 9 GG hineingelesenen Institutsgarantie(n) (auch) in kollektiver Hinsicht entfalten. […] Das bedeutet nicht allein eine an die staatlichen Organe adressierte Verpflichtung, eine ‚hinreichende Vielfalt von Rechtsformen' bereitzustellen, (so BVerfGE 84, 372, 378f.) sondern ist letztlich als implizite Einbeziehung des nur gemeinschaftlich nutzbaren kreativen Potentials der Normadressaten zu verstehen." (Augsberg 2014, S. 168 f.)

Was die Koalitionsfreiheit betrifft, so haben wir es hier mit einem normativen Feld grundrechtlich geschützter weitgehend autonomer privater Rechtsproduktion zu tun; bei Steffen Augsberg heißt es dazu in zutreffender Weise wie folgt:

- „Damit ist bereits der Bogen geschlagen zu einem einerseits verfassungsnormativ geprägten, andererseits aber durch ein ausgesprochen intensives Eigenleben und (allzu) aktive richterliche Rechtsfortbildung gekennzeichneten Rechtsgebiet: dem *kollektiven Arbeits(kampf)recht*. Dieses lie-

fert nicht nur ein besonders drastisches Anschauungsbeispiel für die allgemeine Debatte über das Verhältnis von erster und dritter Gewalt, sondern *es ist jüngst gerade in diesem Kontext auch ein ‚Verlust institutionellen Verfassungsdenkens' beklagt worden* […]. Die entsprechende Kritik richtet sich gegen eine als ‚Neues Arbeitskampfrecht' apostrophierte Entwicklungslinie in Rechtsprechung und Literatur, die zwar die individuelle und kollektive Freiheitsgewährleistungsdimension der Koalitionsfreiheit erkenne, demgegenüber aber deren institutionelle Dimensionen vernachlässige […].

- Schließlich ist in diesem Zusammenhang als Anwendungsfall einer konkreten organisatorisch-prozeduralen Wirkdimension das *Institut der Allgemeinverbindlichkeitserklärung* zu nennen. Diese stellt bekanntlich einen staatlichen Geltungsbefehl dar, mittels dessen zuvor (für Nichtbeteiligte) unverbindliche Vereinbarungen in den Rang objektiv geltender Rechtsnormen erhoben werden. Verfassungsrechtlich akzeptabel ist diese *Form ‚privater Rechtsetzung', die die individuelle durch kollektive Legitimation ersetzt oder zumindest jene um diese ergänzt*, (allein) deshalb, weil im Tarifvertragsrecht nicht nur eine entsprechende lange, vorkonstitutionelle Tradition besteht, sondern zumal mit Art. 9 Abs. 3 GG eine spezifische verfassungsrechtliche Grundlage für diese Form kooperativer Rechtsetzung vorhanden ist." (Augsberg 2014, S. 169 f.)

b) Die Berufsfreiheit

Bei der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit tritt die kollektive Komponente nicht so deutlich hervor, weil – erstens – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem die Bedeutung der beruflichen Tätigkeit für die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen hervorgehoben hat und weil – zweitens – das Phänomen der berufsständischen Kammern und ihrer Rechtsproduktion vor allem am Maßstab der Vereinigungsfreiheit gemessen wird; bei funktionaler Betrachtung aber gehören *the professions and their law* – vom Standesrecht bis zu *codes of conduct* – unzweifelhaft in den Rahmen eines umfassender gedachten normativen Feldes der Berufsfreiheit.

Steffen Augsberg hat einen anderen interessanten Beispielsbereich im Auge, nämlich die Frage, wie eigentlich Berufsbilder entstehen und wer sie „erfinden" darf; bei Steffen Augsberg heißt es dazu wie folgt:

> „Gleichermaßen anerkannt ist […], dass nicht allein Berufe geschützt sind, die sich in bestimmten, traditionellen oder sogar rechtlich festgelegten Berufsbildern darstellen. Stattdessen erfasst die Berufsfreiheit auch vom einzelnen Grundrechtsträger gewählte und geprägte atypische Betätigungen; der Berufsbegriff wird demnach weit verstanden und als prinzipiell ‚(entwicklungs)offen' angesehen. *Verlangt ist deshalb ein auf die Kreativität der Berufsträger setzendes Modell, das die faktische Pluralität und Diversität beruflicher Erscheinungsformen berücksichtigt und dem (grund-)rechtlichen Interesse an der Aufrechterhaltung und dem Schutz dieser Vielfalt gerecht wird.* Gerade angesichts der in der Rechtspraxis erkennbaren Tendenz, Berufsbilder durch normative, namentlich gesetzliche Vorgaben dauerhaft zu fixieren, ist die Vorzugswürdigkeit eines solchen freiheitlichen Entwurfs hervorzuheben. Das schließt staatliche Berufsbildfixierungen nicht pauschal aus; sie müssen aber als Freiheitsbeschränkungen erkannt und dürfen nicht als bloße Schutzbereichskonturierung eingeordnet werden. Verfehlt wäre es aber auch, die Rückbesinnung auf die Offenheit der Berufsfreiheitgarantie und das *damit einhergehende autonome Berufsprägungs- bzw. Berufserfindungsrecht der Berufsträger* als solipsistische Konzeption zu verstehen. Sie beinhaltet vielmehr ein kollektives, interaktives Moment, soweit das Berufsprägungs- bzw. Berufserfindungsrecht jedenfalls regelhaft und implizit die gesellschaftliche Anerkennung einer

> bestimmten Tätigkeit voraussetzt, konsequenten Alleingängen also tendenziell entgegensteht.“ (Augsberg 2014, S. 173 f.)

Es handelt sich also – so können wir zusammenfassen – beim normativen Feld der Berufsfreiheit um ein Feld von starker Binnendynamik.

c) *Die Religionsfreiheit*

Das Paradebeispiel schlechthin aber für die Richtigkeit eines (zumindest auch) kollektiven Verständnisses der Grundrechte ist das Grundrecht der Religionsfreiheit; drei Stimmen wollen wir dazu hören:

- Die erste Stimme ist die von Stefan Korioth, der in seinem lehrreichen Beitrag mit dem Titel „Religionsfreiheit – individuell, kollektiv, objektiv, institutionell“ (Korioth 2014) zum kollektiven Charakter der Religionsfreiheit Folgendes ausgeführt hat:

  > „Wie die anderen Kommunikationsgrundrechte […] ist auch die Religionsfreiheit in besonderem Maße von einer Infrastruktur aus gesellschaftlichen Gewohnheiten und Verständigungsmöglichkeiten abhängig. Was die Religionsfreiheit von Kommunikationsgrundrechten unterscheidet, ist ihr kollektiver Rahmen. Religion hat ein kollektives Proprium, es geht um die Freiheit zum Handeln in einem gemeinschaftlichen Kontext und auf der Grundlage gemeinsamer Überzeugungen. Eine Privatreligion als Summe individueller Überzeugungen, die niemand anderer teilt, ist keine Religion. Die Religionsfreiheit als individuelles Recht bezeichnet einen Raum der Selbstbestimmung, der von religiösen Gruppen und Kollektiven abgeleitet wird und im Streitfall unter Berufung auf diese plausibel gemacht werden muss.“ (Korioth 2014, S. 233 f.)

- Die zweite Stimme ist noch einmal die Thomas Vestings, der Korioth mit den folgenden Bemerkungen sekundiert:

  > „Für die Religionsfreiheit […] würde die hier eingenommene Position ebenfalls zur Konsequenz haben, [sie] als ein von vornherein auf ein überindividuelles Sinnfeld hin angelegtes Grundrecht anzuerkennen. ‚Der einzelne Gläubige konstituiert das jeweilige Bekenntnis nicht neu, sondern findet sich in einen bereits präexistenten Bestand an Regeln, Verhaltensmustern und gemeinsamen Überzeugungen ein. Individueller Glaube ist in diesem Sinne ein nachgelagerter Effekt, der erst auf Basis einer bereits als Kollektivphänomen konzipierten Religion möglich wird.‘“ (Vesting 2014, S. 72)

- Die dritte Stimme gehört dem von Vesting soeben zitierten Ino Augsberg, der sich in seinem Aufsatz „‚Wer glauben will, muss zahlen‘?“ (2013) dezidiert zum kollektiven Charakter der Religionsfreiheit geäußert hat: „Kurz gefasst lautet das Argument, dass es so etwas wie eine ‚private‘ Religion nicht geben kann. Religion ist vielmehr von vornherein auf eine kollektive Ausübungsform hin angelegt […]. Der Vorrang der kollektiven vor der individuellen religiösen Selbstbestimmung ist daher von der Sache her geboten“ (Augsberg 2013, S. 518).

Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht äußert sich vor allem auch in der Befugnis der Kirche, sich eine eigene Rechtsordnung zu geben, was zur Folge hat, dass der einzelne Gläubige gleichzeitig zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliegt:

> „[…] vor allem entspricht die besondere Betonung der kollektiven Dimension der Glaubensfreiheit einem Verständnis des Religionsverfassungsrechts, das dessen Mechanismen und Lösungsansätze nicht als Reaktion auf ein individuelles Problem, sondern auf einen grundsätzlichen rechtspluralistischen Konflikt begreift. Der einzelne Gläubige unterliegt danach nicht allein einer Verpflichtung, die sich auf seine private Überzeugung stützt. Als Angehöriger einer Religionsgemeinschaft ist er vielmehr Subjekt sowohl der staatlichen Rechtsordnung wie derjenigen seiner Religionsgemeinschaft. Er muss sich daher mit dem Problem möglicherweise divergierender Normbefehle auseinandersetzen, und das nicht nur in dem engen Bereich moralisch entscheidender Gewissensentscheidungen, sondern auch in bezug auf Verhaltensweisen, die von außen betrachtet neutral und alltäglich erscheinen mögen." (Augsberg 2013, S. 521)

Der Beitrag von Ino Augsberg ist aber noch aus einem anderen Grunde von besonderem Interesse; er knüpft an seine religionsverfassungsrechtlichen Überlegungen allgemeine *grundrechtstheoretische Folgerungen*, die nach unserer Wahrnehmung unsere eigenen Überlegungen zur Konzeptualisierung von *normative spaces* bestätigen. Am Beispiel der Wissenschafts- und der Kunstfreiheit reklamiert Augsberg unseres Erachtens vollkommen zu Recht, dass an die Stelle einer räumlich-statischen Vorstellung des Schutzbereichs der Grundrechte ein Modell treten müsse, das das grundrechtrechtliche Schutzobjekt als *prozesshaftes Geschehen* bestimmt:

> „Die Eigenart der Grundrechtsausübung in diesen Bereichen lässt sich nicht so sehr als possessiv im Sinne des Besitzens und Gebrauchens bereits bestehender Kommunikationsmöglichkeiten beschreiben. Entscheidend ist vielmehr der Schutz gerade solcher Akte, die aus den bereits vorgezeichneten Kommunikationsroutinen ausbrechen, um dadurch neue, bis dahin undenkbare Möglichkeiten zu erschließen. Im Gegenhalt zum possessiven lässt sich das entsprechende Modell als kreatives bezeichnen. Seine Begründung findet es vor allem in der reflexiven Struktur von Wissenschaft und Kunst. Sie besagt, dass das, was als Kunst oder Wissenschaft anzuerkennen ist, kein quasi-ontologisches Datum, sondern selbst erst das notwendigerweise immer nur vorläufige Ergebnis eines permanenten Prozesses künstlerischer oder wissenschaftlicher Auseinandersetzung ist. Eine ausschließlich ‚objektive' Bestimmung der Schutzbereiche muss damit scheitern. Kunst und Wissenschaft sind vielmehr ein diskursives Produkt: das, was von der scientific community respektive der Kunstszene als Kunst oder Wissenschaft anerkannt ist. An die Stelle der räumlich-statischen Vorstellung des Schutzbereichs tritt damit ein Modell, das das grundrechtliche Schutzobjekt als prozesshaftes Geschehen bestimmt." (Augsberg 2013, S. 528 f.)

Noch wichtiger scheint uns zu sein, dass er dieses prozesshafte Geschehen als *kommunikatives Geschehen* versteht und beschreibt:

> „Aus der Perspektive des Religionsverfassungsrechts und seiner Modellierung des Konflikts der individuellen und der kollektiven Dimension des Grundrechtsschutzes lässt sich dieses Modell mit seinen impliziten Annahmen noch weiter radikalisieren. […] Schärfer muss man […] sagen, dass die Diskursteilnehmer sich als solche ebenfalls erst im und durch den Diskurs qualifizieren. *Wer Wissenschaftler ist, bestimmt die scientific community – etwa durch spezifische Initiationsriten, das heißt gesondert ausgestaltete, an die Erfüllung bestimmter Bedingungen geknüpfte Aufnahmeverfahren, aber auch auf informellerem, damit nicht weniger effektivem Weg.* An Analogie zu Lindbecks Beschreibung des Zusammenhangs

> von Religion und Subjektkonstitution lässt sich entsprechend konstatieren, dass auch im Wissenschafts- und im Kunstbereich das Subjekt des Grundrechtsschutzes diesem nicht vorausliegt, sondern durch die jeweiligen *kommunikativen Prozesse innerhalb einer spezifischen sozialen Sphäre* hervorgebracht wird. Das spezifisch szientifische Sprachspiel und seine Regeln gehen dem einzelnen Spieler und seinen Spielzügen voran. Ein hier ansetzender Grundrechtsschutz kann sich demnach weder auf einen vorgeblich objektiven Schutzbereich noch auf die vorgeblich bereits feststehenden Diskursteilnehmer beziehen. Sein primärer Referenzpunkt ist vielmehr die jeweilige Kommunikationssphäre, innerhalb derer sich die einzelnen Kommunikationsakte und auch die Kommunikationssubjekte erst konstituieren." (Augsberg 2013, S. 529 f.)

Wenn wir diese letzte Passage noch einmal Revue passieren lassen, so fühlen wir uns durch sie in unserer Auffassung bestärkt, dass *normative* oder *legal spaces* weniger räumlich bestimmt werden können, sondern dass sie eigentlich erst durch Kommunikationsprozesse konstituiert werden. Dies als Ergebnis festzuhalten, ist uns wichtig.

Jetzt aber wollen wir die grundrechtlich umhegten normativen Felder verlassen und uns einer ganz anderen Arena mit ganz anderen Normproduzenten zuwenden, nämlich der Arena internationaler Institutionen.

III. Die internationale Arena und „ihre" internationalen Institutionen

1. Die Arena internationaler Institutionen als eine Arena von hoher Veränderungsdynamik

a) *Bedeutungsgewinn transnationaler und internationaler Institutionen: From Rule to Authority*

Der kaum bestreitbare Bedeutungsgewinn internationaler Institutionen ist vor dem Hintergrund einer zunehmenden „Denationalisierung der Problemlagen" (Zürn 1998) leicht nachvollziehbar: Die Herausforderungen denationalisierter Problemlagen verlangen nach denationalisierten institutionellen Antworten, das heißt nach einer Kreierung neuer oder Stärkung vorhandener internationaler Institutionen. Diese internationalen Institutionen werden dadurch nicht nur wichtiger – im Sinne der ihnen zugetrauten Problemlösungskompetenz – sondern auch politischer, ein Prozess, den Michael Zürn, Martin Binder und Matthias Ecker-Ehrhardt zu Recht als „Politisierung internationaler Institutionen" bezeichnen (2012). Diese Zusammenhänge sind einsichtig und nicht weiter überraschend.

Wir wollen an dieser Stelle aber auf etwas anderes hinaus und uns einen Prozess genau ansehen, den Michael Zürn unlängst als Weg „from rule to authority" bezeichnet hat (Zürn 2014). Darunter versteht er eine beobachtbare Bedeutungsverschiebung von der klassischen regelbestimmten Herrschaftsausübung, wie sie für westliche Verfassungsstaaten mit normsetzenden Parlamenten typisch ist hin zu einer Form von Governance, in der

nicht nationale Regierungen und ihre parlamentarischen Institutionen primär das Sagen haben, sondern das Kommando von transnational oder international agierenden Institutionen übernommen wird, Institutionen, die sich nicht auf die klassische Legitimationsressource des demokratischen Wahlaktes stützen, sondern die sich jeweils auf ihre institutionenspezifische *Autorität* berufen können, die sich aus ihrer besonderen Expertise, ihrer Unparteilichkeit und Unabhängigkeit speist.

Dieser mit der Kurzformel „from rule to authority" benennbare Prozess besteht bei näherem Hinsehen aus zwei Teilprozessen: den ersten Teilprozess könnte man als Prozess von Machtverschiebungen im Institutionengefüge bezeichnen, den zweiten Teilprozess als Prozess der Veränderung der Legitimationsgrundlagen politischer Entscheidungsträger.

- Was zunächst den Prozess der *Machtverschiebungen im Institutionengefüge* angeht, so lässt er sich am Beispiel der Konsequenzen der Euro-Krise für das Institutionengefüge der Europäischen Union trefflich veranschaulichen; Michael Zürn hat diese Machtverschiebungen klarsichtig wie folgt analysiert:

  „First, the current institutional outcome does not point at all towards a renationalization of European politics. In spite of growing public skepticism, the European institutions seem to emerge from the crisis with more competences than ever. The neo-functional logic of European integration seems to prevail again. Earlier decisions written into the Maastricht treaty make further integration necessary, thus creating a demand for the strengthening of European institutions.

  Second, *the institutional losers are parliaments* on both the national and the European level, *the winners are expert bodies* on both levels such as Courts and Central Banks. Very telling is the episode with the German Constitutional Court: Here, a non-majoritarian national institution was asked to protect the rights and competences of the majoritarian German Parliament against non-majoritarian European institution. While rhetorically taking the side of the German parliament, in substance it decided for very good reasons in favour of the European institutions. And what is even more telling: It was neither Merkel nor Sarkozy, but the European Central bank who sent the decisive signal to the markets." (Zürn 2014, S. 2)

  Es gibt also – so lernen wir daraus – institutionelle Verlierer und institutionelle Gewinner zu unterscheiden und die inter- und transnationalen Institutionen scheinen sich auf der Seite der Gewinner zu befinden.

- Was den zweiten Prozess angeht, so kann er – auf der Suche nach einer passenden „von-zu-Formel" – mit Michael Zürn als Prozess von *constitutional rule* zu *loosely coupled spheres of authority* bezeichnet werden. Denationalisierte Problemlagen, um auf diese zurückzukommen, werden nicht mehr primär durch die Vorzeigeinstitutionen moderner Verfassungsstaatlichkeit bewältigt, also Parlamente und nationale Regierungen, sondern durch ebenfalls verfassungsrechtlich vorgesehene Institutionen anderer „Bauart" wie Verfassungsgerichte, Zentralbanken und Regulierungsverbünde, um nur die wichtigsten drei Akteure zu nennen. In noch ziemlich abstrakter Weise lässt sich diese Bewegung von *constitutional rule* zu *loosely coupled spheres of authority* wie folgt beschreiben:

> „Leaving the era of neatly separated territorial states does not lead us to a world state, to a moving up of the constitutional state to a higher level. It rather seems that segmentary differentiation as the fundamental principle of politics is partially replaced by *functional differentiation in absence of a meta-authority* that can coordinate from above. There is no constitutionalized place for the final decision. It may be too far-fetched to talk about full-scale institutional fragmentation, yet it is an institutional architecture which lacks centralized coordination – which is why we move from encompassing constitutional rule to plural and only loosely coupled spheres of authority. […]
>
> The depicted institutional developments on the domestic and the international level are often analyzed separately, both within their subdisciplinary niche. They have however a lot in common. Most obviously, their empowerment took place in parallel. Both non-majoritarian domestic institutions within democracies and international institutions became more powerful especially in the last three to four decades. All of these institutions, moreover, represent a type of public power which is limited in scope and often stands in competition with other institutions. In this sense, they are different from the constitutional state and *indicate a shift toward plural spheres of authority*. Finally, all the mentioned national and international institutions show similar patterns both with respect to the justifications they use and to the level and sources of social acceptance.“ (Zürn 2014, S. 10 f.)

Was uns nun – so folgern wir aus diesen Überlegungen – eigentlich interessieren muss, ist, wie diese *spheres of authority* beschaffen sind und wer in ihnen zu Hause ist.

b) Zur institutionellen Architektur der Spheres of Authority

Wenn von *spheres of authority* die Rede ist, stellt sich natürlich als erstes die Frage, *welche Art von Autorität* hier eigentlich gemeint ist (zu den verschiedenen Spielarten von Autorität, insbesondere im Vergleich rechtlicher und religiöser Autoritäten siehe Schuppert i. E.). Neben den klassischen Autoritätsarten der personalen, etwa charismatischen Autorität oder der institutionellen Autorität von Verfassungsinstitutionen gewinnt zunehmend eine Form der Autorität an Bedeutung, die man als *epistemische Autorität* bezeichnen kann, eine Form der Autorität, die vor allem eine *vertrauensgestützte Autorität* ist, beruhend auf Vertrauen in den Sachverstand, die Unabhängigkeit und die Integrität einer Institution. Es ist diese vertrauensgestützte epistemische Autorität, um die es Michael Zürn geht:

> „The other basic type of authority [im Gegensatz zur *political authority*, G. F. S.] can be labeled epistemic authority. This type of authority is based on expert knowledge and moral integrity. In this case, the views and positions of an individual or an institution are adopted because they appear at the same time to be both knowledgeable and nonpartisan. Epistemic authority is based on the assumption that knowledge and expertise are unequally distributed, but that there is a common epistemological framework which makes it possible to ascertain inequality. An epistemic authority need not in all cases convince people factually and in detail. It is therefore not the quality of the specific argumentation, but rather *the general reputation of an institution or person* which is decisive. What is involved is *governance by reputation* […].“ (Zürn 2014, S. 7)

Welche Art von Institutionen nun ist es, die diese Sphäre epistemischer Autorität „bevölkert“ und ihr ihr besonderes Gepräge gibt? Es sind Institutionen, für deren Kennzeichnung Michael Zürn einen spezifischen Begriff erfunden hat; er nennt sie „politically assigned epistemic authorities“ (PAEAs), eine – wie wir sie nennen möchten – „neue institutionelle

Dreifaltigkeit“ bestehend aus Verfassungsgerichten, Zentralbanken und *independent regulatory agencies*:

> „A special version of this type of public authority arises when an epistemic authority is assigned to that status by political institutions. Then we may speak of *politically assigned epistemic authorities (PAEAs)*. And it is especially this type of authority which has gained enormously in importance and has changed the constellation in the exercise of public power.
>
> On the one hand, *three developments* in the domestic realm need to be mentioned.
>
> - As Ran Hirschl has pointed out: ‚Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocray*. Around the globe, in more than eighty countries and in several transnational entities constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries‘.
> - *Independent central banks* in the Western world also have uniformly become more important. They have gradually been introduced in many countries and their independence has been strengthened. Between 1990 and 2008 no fewer than 84 countries passed legislation to enhance the formal autonomy of central banks. At the same time, the importance of monetary policy tools in the general economic control toolbox has generally increased with the spread of monetarism. Central banks thus became more autonomous and more important at the same time.
> - Ultimately, however, central banks are only the manifestation of a broader development: the *increase in so-called ‚independent agencies*‘. On average, according to a quantitative study *‚autonomous regulatory agencies*‘ play a role in 73 per cent of all policy areas in the countries under investigation in a study by Jacint Jordana and Levi-Faur. The study shows steady quantitative growth between 1966 and 2007, becoming almost exponential in the 1990s and declining slightly only after the turn of the century.“ (Zürn 2014, S. 8 f.)

Soweit zu diesem für das Verständnis des Bedeutungsgewinns internationaler Institutionen zentralen Kontext.

c) *Normproduktion und Norminterpretation als Teil der Governance-Funktionen von internationalen Institutionen*

Normproduktion und Norminterpretation sind zunehmend ein integraler Bestandteil der Governance-Funktion von internationalen Institutionen,; in ihrem Beitrag „International Authority and its Politicalization“ (2012) haben Michael Zürn, Binder und Ecker-Ehrhardt diesen Befund wie folgt formuliert:

> „We first show that international institutions exercise authority to a significant degree. They do so across a wide range of governance functions including rule formulation and decision making […], monitoring and verification of rule implementation […], interpretation of rules […], rule enforcement in the case of non-compliance […], and direct implementation by international agencies […]. In this sense, international institutions exercise authority in that they successfully claim the right to perform these functions and in that member states recognize – at least to some extent – the right of international institutions to do so.“ (Zürn et al. 2012, S. 89)

Was nun diese Governance-Funktionen im Einzelnen angeht, so werden sie uns von Zürn et al. wie folgt näher erläutert:

> „(1) Rule setting and majority decisionmaking
>
> International institutions that set rules via majority decision-making exercise political authority. […] Majority decision making increases the ability of international institutions to act by nullifying the vetoes of individual states and overcoming blockades. Majority decision making is not a practice limited to just a handful of well-known organizations like the EU, the UN Security Council and General Assembly, or the World Bank. Today, roughly two-thirds of all international organizations with at least one participating great power have the possibility to decide by majority. […]
>
> (2) Monitoring and verification
>
> […] the need for independent actors who process and make available information on treaty compliance is growing steadily. Such information is increasingly provided by the international secretariats of treaty systems […] and autonomous organizations such as the World Health Organization (WHO) or the International Atomic Energy Agency (IAEA), to name just two prominent examples […]. These are cases of politically delegated epistemic authority. NGOs may also function, more or less informally, as monitoring agencies. Amnesty International and Human Rights Watch, for instance, are important actors for monitoring compliance with human rights standards. In general, Jonas Tallberg and colleagues have shown that, since the 1980s, the access of NGOs to international policy processes has increased significantly. […]
>
> (3) Rule interpretation
>
> Regarding rule interpretation, we find a significant increase in the number of international judicial bodies dealing with collisions between international and national law, and between conflicting international regulations. In 1960, there were only 27 quasi-judicial bodies worldwide; by 2004, this number had grown to 97. If we narrow the definition and include only those bodies that meet all of the prerequisites for formal judicial proceedings, then only five such bodies existed worldwide in 1960, their number climbing to 28 by 2004 […]. For example, the World Trade Organization's Dispute Settlement Body (WTO-DSB) decides in matters of controversy over the application of rules in international trade, while the ICC has jurisdiction over genocide, war crimes, and crimes against humanity. These institutions produce legally binding decisions that cannot be easily revised by their members. In this sense, they exercise a form of political authority that claims to be epistemic authority. […]
>
> (4) Rule enforcement vis-à-vis states
>
> Only a few international institutions have the capacity to enforce their own decisions, thus exercising the strongest form of political authority. Nevertheless, we can observe that the practice of levying material sanctions against violators has increased. For example, jus cogens (independent and binding international law not requiring the consent of states) in the meantime reaches beyond the prohibition of wars of aggression to include inter alia the prohibition of crimes against humanity, genocide, and apartheid. In the same vein, under Chapter VII authority, the Security Council makes use of coercive measures against the will of affected governments or parties to a conflict […], including military humanitarian intervention, economic sanctions, or ‚robust' peacekeeping operations […]. From 1946 to 1989 only 3.4 percent of Council resolutions were adopted under Chapter VII of the UN Charter.

This number rose to roughly 38 percent between 1990 and 2008. By 2008, about 62 percent of all Security Council resolutions were adopted under Chapter VII authority. […]

(5) Implementation

The implementation of international regulations is frequently left to member states. Nevertheless, some institutions such as the World Bank or the WHO implement their policies directly […] and therefore exercise a strong form of political authority. Likewise, UN agencies in the field of humanitarian assistance or development aid have gained significant implementation authority. Transitional administrations that were set up after the end of the Cold War in Eastern Slavonia, Kosovo, or East Timor, for example, represent a special type of implementation n authority; to establish them, UN took on far-reaching executive, legislative, and judicial powers.“ (Zürn et al. 2012, S. 90 ff.)

Nach diesem gewissermaßen als Hintergrundmaterial dienenden Überblick wollen wir uns der wichtigen, aber bisher noch nicht behandelten Frage zuwenden, von welcher Art eigentlich die Regeln sind, die von internationalen Institutionen erlassen, interpretiert und/oder durchgesetzt werden.

2. Modi der Regelsetzung durch internationale Institutionen

a) *Erkundung der Vielfalt der Regelungsmodi internationaler Institutionen*

Wenn man etwas in unübersichtlichem und durch große Vielfalt charakterisiertem Terrain erkunden will, ist man gut beraten, sich der Hilfe eines ortskundigen Führers zu vergewissern; wir haben einen solchen Führer in José E. Alvarez gefunden, der in seinem materialreichen Buch über *International Organizations as Law-makers* (2006) die „varied forms of international institutional law“ untersucht hat und hierbei anhand von *zehn verschiedenen internationalen Institutionen* die von ihnen „produzierten“ Regelungsarten dargestellt hat. Dieses Material können wir hier nicht ausbreiten, vielmehr müssen wir uns auf einen holzschnittartigen Überblick beschränken:

- „The Codex Alimentarius“
  Der Codex Alimentarius der FAO (Food and Agriculture Organization) besteht aus mehr als 200 Standards „[that] deal with maximum limits of pesticide, food hygiene, food additives, and even labeling. The Codex’s legal status is a matter of some doubt“ (Alvarez 2006, S. 222). Obwohl die Standards im strengen Sinne rechtlich nicht bindend sind, wirken sie de facto wie bindendes Recht:

  „Even though many states have not filed their acceptances and the Codex is formally only a ‚recommendation‘ in such cases, there is abundant evidence that its terms are widely accepted by those engaged in the food trade as well as governments, and that the pressures of the market (as well as those imposed by the WTO as described above) render its standards binding in practice, irrespective of whether governments have formally consented to them.“ (Alvarez 2006, S. 222 f.)

- „ICAO's Standards and Recommended Practices (SARPs)"
  Ohne hier in Einzelheiten gehen zu können, geht es auch im Fall der International Civic Aviation Organization (ICAO) um die Frage, ob die von ihr erlassenen Standards und Empfehlungen Verbindlichkeit beanspruchen können. Denn die Mitglieder der ICAO „merely undertake to ‚collaborate in securing the highest practicable degree of uniformity' with respect to such standards and only undertake to notify the organization should they find it ‚impracticable' to comply in all respects with such standards and procedures" (Alvarez 2006, S. 223). Alvarez spricht daher von Regeln „existing in a motherworld between binding and non-binding".

- „IO ‚Advisory' Material"
  Als Beispiel für ein solches „Empfehlungsmaterial" nennt Alvarez u.a. die vom Sekretariat der International Labour Organization (ILO) ausgehenden „continuous stream of opinions":

  > „That Office has given, when requested by states, hundreds of advisory opinions relating to both general legal matters, such as whether reservations are permitted to labor treaties adopted within the ILO, to interpretations of specific ILO conventions. Such interpretations, […] have established a considerable body of ILO institutional law that is difficult to disentangle from the substantive international labor law produced by ILO conventions." (Alvarez 2006, S. 225)

- „ILO Recommendations"
  Auch diese ILO-Empfehlungen, die ILO-Konventionen erklären und interpretieren sollen, sind „halfway-houses" zwischen bindenden und nicht-bindenden Regelungen:

  > „ILO recommendations are adopted by its General Conference in the course of adopting labor conventions that only bind members that ultimately ratify them. The uses and effects of such recommendations need to be examined alongside the labor conventions that they are meant to elucidate or interpret. Under the ILO Constitution, such recommendations are, upon adoption by the General Conference, to be communicated to all members for their consideration with a view to giving them effect and to be presented not later than eighteen months after the closing of the Conference before the domestic authorities that might be expected to enact appropriate legislation or otherwise take action." (Alvarez 2006, S. 227 f.)

- „IAEA Standards"
  Zu diesen Standards der International Atomic Energy Agency heißt es bei Alvarez kurz und knapp wie folgt: „IAEA recommendations, like some ILO recommendations, perform a gap-filling role by providing the elaborate, context-specific, and changing implementation details that are impossible or impractical to achieve via treaty" (Alvarez 2006, S. 231).

- „The FAO's and UNEP's Prior Informed Consent Regime"
  Bei diesem Konzept des *Prior Informed Consent* (PIC) geht es darum, Entwicklungsländer vor ungeregelten Importen von gefährlichen Chemikalien und Pestiziden zu schützen. Die FAO verabschiedete daher 1985 einen *International Code of Conduct on the Dis-*

tribution and Use of Pesticides und das *United Nations Environment Programme* formulierte die sogenannten *London Guidelines for the Exchange of Information on Chemicals in International Trade*:

„These codes made it illegal for states to export banned or severely restricted pesticides or chemicals without the explicit agreement of the importing countries. These two soft law approaches relied on comparable approaches and procedures thanks to joint expert and governmental consultations and close coordination between the two organizations." (Alvarez 2006, S. 232)

- WTO Soft Law
  Unter dieser Sammelbezeichnung macht Alvarez darauf aufmerksam, dass selbst bei einer Organisation wie der World Trade Organization, die normalerweise nur mit „hartem" Vertragsrecht und seiner „harten" Durchsetzung arbeitet, Erklärungen im Sinne von „deals" vorkommen, deren Rechtsnatur ungeklärt ist:

  „A knowledgeable observer of the WTO concludes that the legal status of these two Doha Declarations is ambiguous given their text and negotiating history since they could be viewed alternatively as (1) merely political commitments no different from G-7 declarations, (2) binding decisions whose provisions may or may not be subject to interpretation and enforcement under the WTO's dispute settlement scheme, or (3) a new kind of secondary law emerging from the ‚constitutive process of decision-making of the WTO as an organization.'" (Alvarez 2006, S. 233)

- The WHO's Code on Marketing of Breast-Milk Substitutes
  Hierbei ging es um eine erbitterte Auseinandersetzung von verschiedenen NGOs wie Oxfam, Christian Aid and Third World First mit dem Nestlé-Konzern, der von ihnen beschuldigt wurde, Ersatzprodukte für Muttermilch in Entwicklungsländern sehr aggressiv und irreführend zu vermarkten, die beworbenen Mütter zum Entwöhnen zu bewegen und dadurch eine künstliche Abhängigkeit von Milchersatzprodukten zu schaffen. Dies führte zu dem 1981 von der WHO Assembly verabschiedeten Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes, der Richtlinien für den Verkauf, die Wirkung und das Labeling solcher Substitutsprodukte formuliert; uns interessiert in diesem Zusammenhang, wie Alvarez den „Produktionsprozess" dieses Codes kommentiert:

  „The circumstances surrounding the adoption of the WHO Code suggest a law-making process very much at odds with the positivist conception of traditional sources of law. In that instance, states, ostensibly the only actors with authority to make international law, were only one group of actors in creating the relevant rules of conduct. To a considerable extent, these rules emerged as a result of the work of non-state actors: IOs, NGOs, and multinational corporations. These other actors, to a great extent, took the initiative, served as the venue for negotiations, and drafted the relevant rules. To a considerable extent, these non-state actors were responsible for enforcement and even on-going interpretation." (Alvarez 2006, S. 235)

- The World Bank Guidelines
  Ein weiterer interessanter Fall sind die „World Bank Guidelines", die nicht mit der Auslegung und Anwendung der *bank's charter* zu tun haben, sondern sich nur an die Mitarbeiter der Bank wenden und diesen bestimmte Verhaltenspflichten meist proze-

duraler Art auferlegen; aber selbst solche organisationsinternen Verhaltensregeln können – wie Alvarez zu Protokoll gibt – zu Recht mutieren:

> „The World Bank's ombudsman, its Inspection Panel, created in 1993 by resolution of the Bank's Board of Executive Directors, receives and investigates complaints from those adversely affected by the Bank's activities and enforces compliance with the Bank's standards on the Bank's staff. The adoption of an internal ‚disclosure policy' that made its policies accessible to the public at large and the creation of the Inspection Panel, nowhere explicitly authorized in the World Bank's charter but which ‚judicialized' its policies by empowering private guardians to ensure compliance with their terms, *transformed the Bank's Guidelines effectively into law*, at least in terms of general perceptions." (Alvarez 2006, S. 236 f.)

- „IMF Conditionality"
  In dem letzten Fall dieser Übersicht geht es um das Konditionalitätsregime des International Monetary Fund (IMF), das heißt um die Praxis des IMF, die Vergabe von Krediten – vor allem an Entwicklungs- und Schwellenländer – an bestimmte Bedingungen zu knüpfen:

  > „By 1997, the Fund was following in the path of the World Bank and broadening its concept of appropriate conditions to *embrace good governance* generally. Its new guidelines indicated that it would now take note of a broad range of institutional reforms ‚needed to establish and maintain private sector confidence and lay the basis for sustained growth.'" (Alvarez 2006, S. 242)

  Die Kritiker dieses Konditionalitätsregimes sehen hier eine ökonomische und rechtliche Entmündigung der kreditnehmenden Länder sowie einen Transfer von regulatorischer Macht von den Entwicklungsländern hin zu den Industrienationen.

Wir haben hier alle zehn von Alvarez behandelten Fälle kurz geschildert, weil wir für unsere weiteren Überlegungen eine konkrete Vorstellung davon haben müssen, um welche Art von *law making* und *law interpretation* es im Bereich von internationalen Institutionen eigentlich geht. Ohne eine hinreichende empirische Basis sind unseres Erachtens weder informierte normative Urteile noch gar – wie Thomas Duve dies einfordert – die Entwicklung empirischer Rechtsbegriffe denkbar; daher scheint es uns erforderlich zu sein, die geschilderten Fälle noch einmal Revue passieren zu lassen und anhand dieser einige allgemeine Überlegungen zu Begriff und Funktion von sogenanntem *soft law* anzustellen.

b) Zur erodierenden Unterscheidung von Binding und Non-Binding Norms, von Hard Law und Soft Law

Wie die geschilderten Beispiele zeigen, ist der Frage „Recht" oder „Nicht-Recht" auch hier schlechterdings nicht zu entkommen: Sind *guidelines* und *standards* angesichts dessen, dass sie in der Praxis befolgt und von den Beteiligten als Recht behandelt werden, nun doch schon Recht oder darf an der Tafel des Rechts nur das staatlich erzeugte oder anerkannte Recht Platz nehmen? Ein Ausweg scheint darin zu bestehen, dass man einfach zwei

Rechtsbereiche unterscheidet, nämlich die Welt des *hard law* und die Welt des *soft law*. Aber dieser vermeintliche Königsweg erweist sich bei näherem Hinsehen immer häufiger als Holzweg, weil – erstens – diese säuberliche Unterscheidung in der Praxis häufig nicht möglich ist, zum anderen wegen des interessanten Phänomens des *hardening of soft law*, indem etwa auf ursprünglich nicht-bindende Regelungen in *hard law cases* Bezug genommen wird, zum Beispiel in Entscheidungen der WTO oder anderer internationaler Organisationen (IOs); wie man sich dies praktisch vorzustellen hat, schildert José E. Alvarez in der nachfolgenden Passage sehr anschaulich:

> „Examples whereby more than one IO is involved in law-making are becoming ever more abundant. The Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), for example, incorporates by reference ‚generally accepted' international ‚rules, standards, regulations, procedures and/or practices.' *This effectively transforms a number of the IMO's* [IMO = International Maritime Organization, G. F. S.] codes, guidelines, regulations, and recommendations (dealing with such matters as pollution control measures to be obeyed by vessels while traveling their international straits or exclusive economic zones, for removal of installations to ensure safety of navigation, or relating to sea lanes or traffic separation) *into binding norms*, even for states that may not have approved of these standards within the context of the IMO but have become parties to the Law of the Sea Convention. Even though the IMO formally has no power under its constitution to take formally binding decisions, UNCLOS, a treaty whose scope and history suggest its comprehensive impact on general customary law binding even on non-parties, has remedied that handicap at least with respect to some of the IMO's work products. Similarly, […] the World Bank makes use of a wide number of non-binding instruments produced by other IOs, such as FAO's Code of Conduct on the Distribution and Use of Pesticides, in effect *turning such instruments into binding rules* for its staff, and when incorporated into its loan agreements with states, perhaps even into binding forms of international or national law." (Alvarez 2006, S. 220)

c) *Begriff und Funktionen von Soft Law*

Obwohl wir der Sache nach schon wissen, was *soft law* ist, soll an dieser Stelle noch eine Zusammenfassung derjenigen *Soft-law*-Kriterien nachgeschoben werden, über die weitgehend Einigkeit zu bestehen scheint:

> „Soft law, […] refers to regimes that rely primarily on the participation and resources of nongovernmental actors in the construction, operation, and implementation of a governance arrangement. Although the parameter of ‚primarily' permits some ambiguity (as well as flexibility), the key characteristics of a soft law arrangement are clear, in contrast with a hard law arrangement. First, in a soft law regime, the formal legal, regulatory authority of governments is not relied upon and may not even be contained in the institutional design and operation. Second, there is voluntary participation in the construction, operation, and continuation. Any participant is free to leave at any time, and to adhere to the regime or not, without invoking the sanctioning power of state authority. Third, there is a strong reliance on consensus-based decision making for action and, more broadly, as a source of institutional binding and legitimacy […]. Fourth, and flowing from the third, there is an absence of the authoritative, material sanctioning power of the state – police power as a way to induce consent and compliance." (Kirton und Trebilcock 2004, S. 9)

Interessanter sind die verschiedenen *Funktionen von soft law*, von denen Ulrika Mörth in der Zusammenfassung des von ihr herausgegebenen Bandes *Soft Law in Governance and Regulation* (2004) die folgenden sechs identifiziert hat:

- „soft law may precede hard law
- soft law has the potential for independence
- soft law can be disguised
- soft law is closely linked to politics
- international organizations can modernize themselves through the use of soft law
- soft law provides room for flexibility and unintended consequences.“ (Mörth 2005, S. 19)

Auf drei dieser Funktionen wollen wir mit Hilfe von Ulrika Mörth einen kurzen Blick werfen, die dabei jeweils auf einzelne Kapitel des von ihr herausgegebenen Bandes verweist:

> „First, soft law can be a precursor to binding legal instruments, which means that it is not always linked to network governance; rather it can be more closely linked to the traditional steering mode of government. The regulatory status of soft law is, however, a complex issue. Several authors in this volume have emphasized the difficulty of determining if soft law develops into hard law, given the close connection between these two types of law. Indeed, there are fuzzy boundaries between regulations. […] Several cases in this book have demonstrated different ways of transforming soft law into hard law. In Aldestam's on EU's state aid policy, for instance, *the transformation of soft law into hard law* is often a function of the Commission, which issues guidelines, recommendations and letters to the Member States. According to Aldestam, the Commission's position has even been interpreted as having the power to establish rules with or without the agreement of the Member States. The chapter on state aid also showed that soft law can be transformed into hard law if the national administrations believe that the rules are hard. Thus, the *perception of rules* is an essential mechanism in deciding whether soft law will be transformed into hard law. […]
>
> A fourth conclusion is that soft law is closely linked to politics. […] In the EU policy cases on employment and state aid, one might expect a less powerful position for the European Commission. This is especially striking in the case of State aid as outlined in Chapter 2. According to conventional wisdom in the EU literature soft law is presumed to be useful because it preserves national sovereignty. In practice, however, the autonomy of the Member States seems to be relatively weak. One explanation for this discrepancy between the formal and informal processes is cosmetic. It is important for the politicians to retain national sovereignty, however symbolic it may be, if they are to co-operate on politically sensitive domestic issues.
>
> The fifth conclusion is that international organizations use soft law because they see it as a characteristic of the modern way. Göran Ahrne and Nils Brunsson suggest that soft law is not only the most readily available regulatory mode for modern organizations, particularly for meta-organizations, but also the most attractive way of compelling members to comply with the rules. Modern organizations are less prone to use their hierarchical authority, and so become advisory rather than directing. Even organizations like the European Union with the potential and the ability to use hard law seem to follow this modern trend toward soft law. Thus, soft law is an attractive form of regulation and governance because it is considered to be modern.“ (Mörth 2004, S. 191 ff.)

Und in ihrer Zusammenfassung – und damit wollen wir diesen Gliederungspunkt auch abschließen – hält sie zu dieser Funktionenvielfalt den folgenden Befund fest:

> „In summary, soft law is sometimes an independent form of regulation that fits well into a system of governance characterized by networks, horizontal relations and voluntary rules. Whether soft law is an independent form of regulatory mode or a step in a process of hardening the rules depends on several factors and mechanisms. One factor and mechanism is *the way in which the actors perceive the rules* and to what extent the organization wants to identify itself with hierarchy and coercion. The *political will and context* can also determine whether the rules will lead to a more formal legislation process or if the rules will stay soft. Another factor has to do with the organizational authority and capacity. *Rules do not float freely*. Meta-organizations – organizations that have other organizations as their members – often lack a clear authoritative centre, common resources and the right to issue legal sanctions." (Mörth 2004, S. 195)

IV. Der *Global Administrative Space* und seine *Regulatory Agencies*

Wie erinnerlich, hatten wir kurz die Frage angesprochen, wie eigentlich *legal spaces* identifiziert, beschrieben und analysiert werden können. Im Zuge der immer wieder – oft in sehr allgemeiner Form – beschworenen Transnationalisierungsprozesse gewinnt nun ein solcher *legal space* zunehmend an Kontur, ein Rechtsraum, den man mit Richard B. Stewart (2012) als *global administrative space* bezeichnen kann und der sich wie folgt beschreiben lässt:

> „The growing density of international and transnational regulation, which in part reflects the inadequacies of uncoordinated national systems of regulation as means to address global interdependencies in fields that include market activities and their spillovers, security, and human rights, has created a multifaceted ‚*global administrative space*' populated by several distinct types of regulatory administrative bodies together with various types of entities that are the subject of regulation, including not only states but firms, NGOs and individuals." (Stewart 2012, S. 4)

In diesem *global administrative space* agieren nach Stewarts Recherchen vier Typen von Regulierungsinstanzen, die sich wie folgt gruppieren und charakterisieren lassen:

> „*Formal intergovernmental organizations*, established by states (or and in some cases other international organizations), typically through treaties that impose obligations on states parties but whose ultimate aim is often regulation of private actors (e. g., Kyoto Protocol) and include a variety of administrative bodies operating under treaty aegis but often exercising very significant lawmaking and discretionary and administrative powers, including lawmaking powers.
>
> *Intergovernmental networks of national regulatory officials* responsible for specific areas of domestic regulation (banking, money laundering, etc.) who may agree to common regulatory standards and practices which they then implement domestically. These bodies are increasingly becoming strongly institutionalized with significant administrative components.
>
> *Hybrid intergovernmental-private bodies* composed of both public and private actors, such as the Global Partnership for HIV/AIDS and the global sports regime complex, a type that is becoming increasingly significant in contemporary governance generally and Private bodies exercising public governance functions, such as the Forest Stewardship Council deciding on criteria for products from sustainably

managed forests to be certified and labeled, or the International Olympic Committee deciding where the Olympic games should be held and under what conditions.

Domestic administrations forming an integral part of global regulatory regimes represent a fifth type of body involved in global regulation. These agencies implement global regulatory law through a distributed system of administration, and in so doing (and in other ways) shape it.“ (Stewart 2012, S. 4 f.)

Konturen gewinnt dieser transnationale administrative Rechtsraum durch das Entstehen eines *global administrative law* (Kingsbury 2009; Cassese 2005 ; Cassese et al. 2008), das von der entsprechenden *scientific community* liebevoll GAL genannt wird und das – anders als das nationale Verwaltungsrecht – weniger aus konkreten Rechtssätzen und Rechtsinstituten besteht, sondern aus einem *Bündel von sehr allgemeinen Prinzipien*:

„[…] diverse forms of global regulatory administration and their interactions are (or can be) organized and shaped by *principles of an administrative law character*. A growing body of global administrative law, based on largely procedural principles of transparency, participation, reasoned decision, review, is emerging in global regulatory administration to promote greater accountability and responsiveness to affected actors and interests, including developing countries and civil society interests.“ (Stewart 2012, S. 5 f.)

Uns interessiert natürlich insbesondere die Frage, wie man sich die Entstehung eines solchen *global administrative law* vorzustellen hat und wer als *Produzent dieses Rechtsregimes* gelten könnte; auch dazu hat sich Richard B. Stewart geäußert und aus seinen Erklärungen wird sehr schön klar, dass hier – das heißt bei der „Erschaffung“ des GAL – erstens *kein umfassender Masterplan* Pate gestanden hat und dass – zweitens – eine *Pluralität von Produzenten* an der Entwicklung der das GAL prägenden Rechtsprinzipien mitgewirkt hat und weiterhin mitwirkt:

„The development and spread of GAL practices and norms has been accomplished by many different types of institutional actors, motivated by a variety of objectives. *There has been no overall plan or system*. Rather GAL has accreted through the accumulation of discrete decisions by the different generative actors responding to the need to discipline the exercise of administrative power occurring in certain recurring structural modes […]. These actors include not only domestic regulatory authorities, business firms, NGOs, and private and public/private networks or actors. Some of these actors, such as courts and tribunals and international investment arbitral bodies, review the legality of global administrative decisions and norms (including those of their distributed domestic components) as a condition of their validity and enforcement. In other cases, a domestic agency or another global regulatory body, in deciding whether or not to recognize or validate a global regulator’s decisions or norms may give weight to whether or not it followed GAL practices in decisionmaking. . [sic!] As discussed below, these decisions are instinct with the need to channel and regularize the exercise of authority through law. In still other cases, private actors are deciding whether to conform to the decision or norm in order to enhance their reputations, become credible partners in business or other transactions or ventures, or otherwise further their interests. In all of these contexts, the extent to which the global regulator has followed GAL practices of transparency, participation, reason giving, and opportunity for review in making decisions is often a substantial and in some cases a controlling factor in the decision of the validating or recipient authority or actor in deciding whether or not to validate, recognize or conform to the decision or norm in question.“ (Stewart 2012, S. 7)

Legal spaces – so möchten wir aus diesen Beobachtungen folgern – darf man sich daher vielleicht weniger als Räume vorstellen, die durch die Geltung eines bestimmten gemeinsamen detailliert ausbuchstabierten Rechtsregimes gekennzeichnet sind, sondern vielmehr als Räume, die – jedenfalls in der Frühphase ihrer Entstehung – durch gemeinsame anerkannte Rechtsprinzipien gestiftet sind, denen sich die „Bewohner“ dieses Rechtsraumes verpflichtet fühlen. *Legal spaces* wären dann als *spaces of common legal principles* zu konzeptualisieren – wie etwa der Prinzipien der Rule of Law, eine Überlegung, auf die wir zum Schluss dieses dritten Kapitels noch einmal zurückkommen wollen.

V. Die *Transnational Legal Arena* und ihre *Norm-Entrepeneurs*

Wie schon bei der Darstellung der normproduzierenden Rolle von Standardsettern und internationalen Institutionen geht es uns auch jetzt darum, zunächst einen Blick auf die Beschaffenheit des *playing ground* zu werfen, auf dem Normunternehmer oder *norm-entrepreneurs* (zu diesen Begriffen Flohr et al. 2010; Wolf 2011) anzutreffen sind; diesen *playing ground* kann man vielleicht – um bei unserem Arena-Begriff zu bleiben – am besten als *transnational legal arena* bezeichnen.

1. Die *Transnational Legal Arena* als Betätigungsfeld von *Norm-Entrepreneurs* wie NGOs, TNCs (Transnational Corporations) und *Big Law Firms*

Wie wir an anderer Stelle dargelegt haben (Schuppert 2008c; 2010), sind wir Zeugen eines nach wie vor anhaltenden Prozesses der Transnationalisierung des Rechts. Auch dieser Prozess wird begleitet und befördert durch eine Reihe von Akteuren, für die es nicht nur selbstverständlich ist, in Räumen jenseits des Nationalstaates zu agieren, sondern für die der wie immer näher zu beschreibende transnationale Raum ihre Heimstatt ist: Dies gilt besonders deutlich für transnationale Unternehmen und für internationale Anwaltskanzleien, aber auch für viele, die Weltbühne mit hoher Professionalität nutzenden NGOs.

Es erscheint uns deshalb eine naheliegender Gedanke zu sein, den Transnationalisierungsprozess des Rechts mit der Akteursperspektive zu verbinden, um vor unseren Augen so etwas wie das Bild einer *transnational legal arena* entstehen zu lassen; in Anlehnung an Buaventura de Sousa Santos (1995) haben Klaus Günther und Shalini Randeria dazu das folgende, sehr informative Bild entworfen (2001, S. 87), und zwar unter der Überschrift „Transnationalisierung des Rechts“; wir nehmen uns die Freiheit, diese Überschrift durch die Formulierung „*The Transnational Legal Arena*“ zu ersetzen, womit das Gesamtbild dann so aussieht:

The Transnational Legal Arena

	Transnationale Akteure	Normativer und institutioneller Kontext	Konsequenzen für den Staat	Art des Rechtspluralismus
Transnationalisiertes staatliches Recht	IWF; Weltbank; WTO; TNCs; Staaten; Rechtsberater	Regulierung-Deregulierung Strukturanpassung	Heterogenisierung des Staates	Entstehung semi-autonomer Rechtsbereiche *innerhalb* staatlichen Rechts
Regionale Inegration (EU)	Staaten; supranationale politische Institutionen	Regionale Institutionen Subsidiaritätsprinzip	Überlappende Souveränität („*souvereignty pooling*“)	Supranationales Recht
Lex Mercatoria	TNCs; US-Anwaltskanzleien	Internationale Verträge und Schiedsgerichte	Erosion der Souveränität	Recht parallel zum Staat
Kosmopolitisches Recht (Umwelt, Menschenrechte)	NGOs; soziale Bewegungen; Staaten; UN-System	Internationale Tribunale und Konventionen; Alternative NGO-Treaties	Einschränkung der Souveränität; Kosmopolitische Rechtskultur	Universelle Rechte jenseits des Nationalstaats
Transnationalisierung infrastaatlichen Rechts	Soziale Bewegungen; NGOs; UN-System	Gruppenrechte Selbstbestimmungsrecht	Lokale Selbstverwaltung Geteilte Souveränität	Komplementäre/konkurrierende Rechtsordnungen im Staat

Wenn wir jetzt noch einen Schritt weitergehen, so könnten wir in diesem transnationalen Rechtsraum nicht nur bestimmte institutionelle Akteure ausmachen, sondern auch die in ihnen tätigen Personen, wie etwa die von Martin Suter so brillant ironisierten stressgeplagten Manager (Suter 2014), die zwischen Washington, Brüssel und Berlin pendelnden administrativen Netzwerker oder die uns am besten vertrauten international agierenden Anwälte, die als Personifizierung von transnationalem Rechtswissen sowie einer transnationalen Rechtselite gelten können.

Was zunächst die Rolle der internationalen Anwaltskanzleien als *Träger eines transnationalen Rechtswissens* angeht, so heißt es dazu in dem Beitrag von Sigrid Quack über „Governance durch Praktiker“ wie folgt:

> „International tätige Anwaltskanzleien sind große Wirtschaftsunternehmen. Als solche streben sie danach, die Bedürfnisse ihrer Kunden zu befriedigen und in Niederlassungen auf der ganzen Welt ihre Einkünfte zu maximieren. Gleichzeitig dienen sie den dort tätigen Rechtsanwälten als Entwicklungsplattformen zur Lösung von Rechtsproblemen, die diese auf ihre Mandanten zukommen sehen. Marc

> Galanter […] vertritt die Ansicht, dass sich der Arbeitsstil in Großkanzleien qualitativ von dem in ‚gewöhnlichen' Anwaltskanzleien unterscheide. Zu den Erkennungsmerkmalen von Mega-Kanzleien gehöre, so Galanter, ihre eingehende Untersuchung verschiedener rechtlicher Optionen sowie ihre Kreativität der Problemlösungsansätze und der Taktik im Gerichtssaal. Indem sie für viele Mandanten in ähnlichen Bereichen tätig sind, gewinnen Rechtsanwälte in Großkanzleien einen guten Einblick in laufende Entwicklungen. Sie sind ‚*Wiederholungsspieler*' und wirken bei ihrer Tätigkeit oft führend an neuen Entwicklungen mit. Durch ihre strategische Position können sie aufkommende organisatorische Probleme besser verstehen und geeignete rechtliche Lösungen dafür finden […]. Das in den verschiedenen Projekten erworbene Wissen wird so gespeichert, dass es wieder abrufbar ist, sodass Anwaltskanzleien mit der Zeit zu *Quellen wertvollen Rechtswissens* werden. Aufgrund ihrer Größe können international tätige Anwaltskanzleien sowohl verschiedene nationale Zuständigkeiten als auch zahlreiche rechtliche Spezialgebiete abdecken. Sie stellen hierzu Rechtsanwälte aus verschiedenen Ländern und mit verschiedenen Fachgebieten ein, die ihre Erfahrungen und ihr Wissen untereinander austauschen und teilen. Folglich verfügen diese international tätigen Unternehmen über einen einzigartigen Zugang zur ‚Gesetzesanwendung in der Phase seiner Entstehung' und können dieses Wissen auf vielen Gebieten des transnationalen Rechts nutzen. Robert Nelsons […] Aussage, dass das Geschäft US-amerikanischer Großkanzleien im Ändern von Gesetzen bestehe, scheint daher heute zutreffender zu sein denn je. Wie schon vor 25 Jahren ‚übt das intellektuelle Wirken der Großkanzleien einen *permanenten Einfluss auf die Jurisprudenz unserer Tage* aus.'" (Quack 2009, S. 582 f.)

Die größten dieser international tätigen Anwaltskanzleien bilden – um ein Bild aus der Welt des Fußballs zu verwenden – so etwas wie die „Champions League" transnationaler Rechtsakteure, ein Befund, den Sigrid Quack anschaulich wie folgt beschreibt:

> „In der Oberklasse der international tätigen Rechtsanwaltspraxen dominieren die US-amerikanischen und britischen Anwaltskanzleien. Diese *angelsächsische Vorherrschaft* ist der enormen Größe des US-amerikanischen Marktes zuzuschreiben sowie der durch den Kolonialismus und den Commonwealth geprägten Geschichte Großbritanniens, dem ökonomischen Einfluss der US-Wirtschaft und der Bedeutung der Börsenplätze London und New York. Das in den USA und Großbritannien geltende Fallrecht bietet Anwaltskanzleien, die dort ihren Sitz haben, liberalere Möglichkeiten bei der *Schaffung innovativer vertraglicher Regelungen* als die in dieser Hinsicht restriktiveren kodifizierten Rechtssysteme auf dem europäischen Kontinent. Folglich verfügten britische und US-amerikanische Anwaltskanzleien beim Internationalisierungsprozess über Startvorteile. […] Die soziale Schichtung von Anwaltskanzleien nach ihrer Zugehörigkeit zum ‚Magic Circle', die Eröffnung ausländischer Niederlassungen von Anwaltskanzleien in einer begrenzten Zahl von Weltstädten und in der Nähe anderer professioneller Dienstleistungsunternehmen, die Hierarchie der Rechtsanwälte in international tätigen Mega-Kanzleien zwischen solchen aus den USA beziehungsweise aus Großbritannien und solchen aus anderen Ländern: Dies sind typische Aspekte, die die *Zugehörigkeit zur neuen kosmopolitischen Rechtselite* beeinflussen, deren Mitglieder in Großkanzleien an der Lösung grenzüberschreitender Koordinations- und interkultureller Kommunikationsprobleme mitwirken." (Quack 2009, S. 583 f.)

2. Drei Typen von Normunternehmern *at work*

a) NGOs

Die Rolle von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) bei der Normenproduktion und Normendiffusion ist oft beschrieben worden; ein – wie wir finden – besonders einprägsa-

mes Portrait von NGOs als Normunternehmern findet sich bei Klaus Günther und Shalini Randeria; mit diesem Portrait wollen wir beginnen:

> „NGOs bilden kaum erforschte wichtige neue Akteure der Rechtsproduktion, der Rechtsdiffusion und des Monitoring. Die Schaffung neuer transnationaler Normen und ihre globale Verbreitung im Bereich der Menschenrechte und des Umweltschutzes gehören ebenso zu ihren Verdiensten wie die Begründung eines allgemeinen und öffentlichen Unrechtsbewußtseins angesichts von Rechtsverletzungen. Sie beeinflussen die nationale und supranationale Gesetzgebung und stellen hierdurch oftmals die Rechtshoheit des Staates in Frage. In diesem Zusammenhang wären z. B. die neuen Koalitionen zwischen NGOs, einigen Regierungen und manchen privatwirtschaftlichen Akteuren zu betrachten, die bei der Formulierung und Umsetzung der Menschenrechte zusammenarbeiten und zu einem Wandel des staatlichen Monopols auf diesem Gebiet beitragen. Diese Art von neuen Konstellationen der *public private partnerships* gewinnen zunehmend auch in der globalen Umweltpolitik an Bedeutung. In der Klimapolitik werden beispielsweise in strategischen Bündnissen zwischen NGOs, internationalen Organisationen und Unternehmen neue Umweltstandards gesetzt und wird versucht, deren Implementierung voranzutreiben. Diese Art der „Privatisierung der Weltpolitik" bietet Chancen für gerechte und wirksame Regelungen globaler Probleme, sie birgt aber auch Gefahren für die demokratische Kontrolle politischer Entscheidungen. Gleichwohl wird aber der Staat keineswegs aus seiner regelsetzenden Funktion entlassen, sondern muß nachgeordnet nicht nur die Einbettung internationaler Normen und Verträge in nationale Kontexte sondern auch deren Implementierung bewirken." (Günther und Randeria 2001, S. 63 f.)

Nach diesem ersten Überblick wollen wir ein konkretes Betätigungsfeld von NGOs etwas näher betrachten und ihnen bei ihrer Arbeit am Recht über die Schulter schauen, und zwar bei ihrer Mitwirkung an Prozessen des *standard setting*. Hinsichtlich dieser Mitwirkung lassen sich – je nach Typus von *standards*, um die es geht – mit Anne Peters, Till Förster und Lucy Koechlin (2009c) die folgenden drei Varianten unterscheiden:

- In der ersten Variante sind die vertragschließenden Staaten die eigentlichen *rule setter* und die NGOs nur Zaungäste, die auf die Rolle des Lobbying beschränkt sind:

  > „First, NGOs are engaged in the elaboration of ordinary inter-state international conventions […]. Here NGO involvement is largely informal. NGO forums are held in parallel to and separate from the intergovernmental standard-setting conferences, such as the Rio conference of 1992. So NGOs do not have any negotiating role whatsoever here. However, their *direct lobbying at those conferences* can be crucial." (Peters et al. 2009a, S. 493)

- In der zweiten Mitwirkungsvariante sind NGOs vor allem verfahrensmäßig in den Prozess der Normenproduktion eingebunden:

  > „The second type of standard setting occurs within international organisations or quasi-organisations, in particular in the framework of the highly institutionalized multilateral environmental agreements. Here, the governmental bodies or conferences of the parties create secondary law for the implementation of the respective regimes. To most of these bodies, NGOs are *accredited in formal procedures* and thus enjoy an observer (or in the Council of Europe: ‚participatory') status. This legal status is an intermediate one *between exclusion and full participation as co-law makers*. It entails various rights to be invited and to sit in meetings, to obtain information (agendas, drafts), speaking time, the allowance to distribute documents and the like." (Peters et al. 2009a, S. 493)

Unter Völkerrechtlern sei es – so wissen Anne Peters et al. zu berichten – streitig, ob NGOs sich inzwischen auf eine *gewohnheitsrechtliche Grundlage* für ihre Mitwirkung an internationalen Standards berufen könnten; die Autoren meinen, dies sei noch nicht der Fall, aber die Entwicklung gehe in diese Richtung:

„Among international lawyers, it is controversial whether NGOs have, as a matter of customary law, a general entitlement to participate as observers (and thus to be heard) within the law-generating international institutions. Such an NGO right to be heard would come to bear in institutions which have no or only deficient special rules of procedure. We submit that a customary right of NGOs to participate in the international legal discourse does not yet exist, because practice and *opinion iuris* have not sufficiently matured. But NGOs already enjoy a legitimate expectation that – once an institution has admitted them – the participatory conditions will entail two core components: oral interventions and written submissions. Refusal of these rights must be specifically and concretely justified. In the current international legal system, the NGOs' voice is thus the functional equivalent to the formal law-making power which other actors (the international legal subjects) possess. Because of *this legal function of NGOs' voice*, there is a need to legally structure NGO participation." (Peters et al. 2009a, S. 494)

- In der dritten Variante schließlich bringen NGOs sich insofern direkt in Normsetzungsprozesse ein, als sie je eigene Entwürfe produzieren und konkrete Vorschläge für Normtexte formulieren:

„Finally, NGOs sometimes *draft private texts or propose norms* (often in conjunction with academics), such as codes of conduct and guidelines, interpretative treaty commentaries, or principles, in the hope that they will be adopted by other international actors, cited, and accepted as contributing to the corpus of international law. Examples are the numerous Rules of the International Law Associations, the Helsinki Rules on the Use of Waters of International Rivers of 1966, the Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1997, the Montreal Principles on Women's Economic, Social and Cultural Rights of 2000, or the Princeton Principles on Universal Jurisdiction of 2001." (Peters et al. 2009a, S. 494)

Trotz dieser vielfältigen NGO-Aktivitäten im Bereich der Normsetzung hätten die Staaten – so bilanzieren Anne Peters et al. – nach wie vor „‚a tight grip on the formal law-making processes'. Even in those areas where NGOs have had greatest impact, *states control the agenda and the access to the law-making arenas*, in particular through the accreditation procedures" (Peters et al. 2009a, S. 494). Ob diese Einschätzung so generell zutrifft, scheint uns eher zweifelhaft zu sein und das Potential von vernetzten und das Internet souverän nutzenden NGOs, die politische Agenda zumindest mitzubestimmen, zu unterschätzen. Aber diese Frage können wir hier nicht vertiefen.

b) Transnational Corporations (TNCs)

Dass transnationale Unternehmen im „Geschäft der Regelsetzung" eine wichtige Rolle spielen, kann als gut erforscht und umfassend dokumentiert gelten. Zwei Autoren möchten wir zum Beleg für diesen Befund in den Zeugenstand bitten:

In ihrem häufig zitierten Buch *A Public Role for the Private Sector: Changes in the Character of Business* über das Phänomen der industriellen Selbstregulierung hat Virginia Haufler

(2001) untersucht, inwieweit TNCs neben ihrer privaten Rolle als geldverdienende Aktiengesellschaften *zugleich eine öffentliche Rolle wahrnehmen und damit einer öffentlichen Verantwortung* unterliegen. Diese Doppelrolle transnationaler Unternehmen, nicht nur einem gewinnorientiert verstandenen *shareholder value* verpflichtet zu sein, sondern eine *corporate social responsibility* zu übernehmen, könne als eine der wichtigsten Konsequenzen der Globalisierung angesehen werden, weil sich in ihrem Gefolge nicht nur die *Zusammensetzung der Governance-Akteure*, sondern auch das *Rollenverständnis transnationaler Unternehmen* verändert habe.

Was zunächst die Veränderung der Governance-Szene angeht, so heißt es dazu bei Virginia Haufler wie folgt:

> „The character of international relations has changed in the past 50 years from one in which the global agenda was established by the most powerful countries, to one in which *powerful commercial and activist groups shape the debate* and often determine outcomes. Industry self-regulation is just one more piece of evidence regarding the *changing nature of efforts to govern the global economy* and establish collective mechanisms for resolving global policy issues.“ (Haufler 2001, S. 121)

Mit dieser Veränderung der Governance-Szene gehe – so Haufler – eine Veränderung der Rolle von Großunternehmen einher, die sich vor allem als ein *geändertes Rollenverständnis* manifestiere (dazu Schuppert 1998). Zu dieser neuen *public role* transnationaler Unternehmen, die sie durch ihren *Selbstregulierungsbeitrag* in ein – wie wir es nennen würden – System der Verantwortungsteilung einbindet, führt Haufler Folgendes aus:

> „The voluntary adoption of social standards by an increasing number of companies *presents a different picture of the role of the corporation in world affairs*. Observers and participants alike point out that the standards these companies establish are often higher than national or international ones. They address contentious public issues and not just technical standards that only concern industry. When companies establish their own rules and standards in socio-political areas, *these can complement or supplement government regulation*, especially in countries with weak capacity to regulate. International standard setting fills in the gaps where national regulatory systems conflict or remain silent. *Where governments do not govern, the private sector does* – often in response to the demands of public interest groups who find themselves unable to move national governments. And when governments are unwilling or unable to govern effectively, potential leaders may see private governance as a valuable tool to achieve public ends.
>
> National policy makers are beginning to pay attention to the possible benefits of industry self-regulation. They may hope that as business improves its behavior abroad then government will be under less pressure to act against the private sector at home or abroad. They may also *hope to use corporate social responsibility as a tool to promote ‚soft‘ foreign policy goals, such as human development.*“ (Haufler 2001, S. 29)

Eine zweite, uns in diesem Zusammenhang wichtige Autorin ist Doris Fuchs (2005), die es in ihrem Buch *Understanding Business Power in Global Governance* unternommen hat, die „Einflusskanäle“, die von großen Unternehmen gezielt genutzt werden, zu systematisieren. Dabei unterscheidet sie „instrumentalist, structuralist and discursive approaches“; innerhalb dieses Dreibunds interessiert uns besonders die *structural power of business*, innerhalb derer sie wiederum die folgenden Differenzierungen vornimmt:

- „Channels of the Structural Power of Business
- Mobile Capital: The Agenda-Setting Power of TNCs […]
- Quasi-Regulation: The Agenda (and Rule) Setting Power of Coordination Service Firms […]
- Public-Private Partnerships: Participation in Rule-Setting […]
- Self-Regulation: Increasingly Autonomous Rule-Setting Power […]" (Fuchs 2005, S. 120 ff.)

Da wir neugierig sind, was sich hinter diesen drei Varianten des *rule-setting* verbirgt, wollen wir Doris Fuchs um einige erläuternde Bemerkungen bitten:

Was zunächst den Fall der von ihr sogenannten *„quasi-regulation"* angeht, so hat sie hierbei die *Entwicklung von Standards* im Auge, die von privaten, gewinnorientierten Unternehmen aufgestellt werden und eine – zum Teil weltweit wirkende – Steuerungsleistung erbringen. Namentlich zwei Akteure betreten hier die Bühne, nämlich die Ratingagenturen und die großen *multinational law and accounting firms*; was zunächst die *Ratingagenturen* angeht, so heißt es dazu bei ihr wie folgt:

> „Quasi-regulation provides the second mechanism through which business actors exercise passive structural power in global governance today. Quasi-regulation, in the context of the present analysis, refers to the ability of coordination service firms to indirectly *set standards for policies and practices worldwide*. At the core of this debate is the role of rating agencies and their ability to determine the acceptability of national policies. In this context, quasi-regulation is related to the passive structural power exercised by corporations vis-à-vis national governments delineated above, the only difference being that rating agencies do not threaten that one company will move its investment out of a country, but rather *influence the investment decisions of the entire global financial market*. To the extent that these *standards are made explicit*, moreover this passive structural power comes close to an active one." (Fuchs 2005, S. 124)

Aber auch die großen *internationalen Anwaltskanzleien* (zu ihrer Rolle sogleich mehr) und *Wirtschaftsprüfungsunternehmen* spielen bei der Entwicklung von transnationalen Standards eine wichtige Rolle:

> „Next to rating agencies, other coordination service firms have obtained substantial structural power in global governance. *Multinational law and accounting firms* as well as management consultants *exercise transnational rule-setting power* by determining and enforcing standards for the behaviour of business companies […]. Again, this structural power reaches into the realm of active structural power to the extent to which these rules are made explicit. While these actors do not influence public policy as directly as rating agencies, they do have a substantial impact on corporate conduct and economic organization. In consequence, similar criticisms pertain to their structural power as to that of rating agencies." (Fuchs 2005, S. 125)

Was die *participation in rule-setting* im Rahmen von *public private partnerships* (PPPs) betrifft, so sieht Doris Fuchs in der Beteiligung von Unternehmen an PPPs eine Einflugschneise für die Mitwirkung an der Erarbeitung von *„transnational rules"*:

> „PPPs, then, provide business with an avenue to exercise active structural power. In PPPs, business actors directly *participate in decisions on rules and regulations*. The extent of this power, however, differs across PPPs. While in some PPPs, business may dictate agenda- and rule-setting, in others, public ac-

> tors enforce strict limits on the decision room of business actors. Moreover, public actors still are in control to the extent that they can decide with whom they want to sit at the table. This may be more so in the national arena, however. In the international arena, PPPs can provide large business actors with considerable leeway in agenda- and rule-setting due to resource scarcity among public actors and a frequent lack of transparency in decision-making processes.“ (Fuchs 2005, S. 127)

Was schließlich die *industrial self-regulation* angeht, so sei sie zwar kein neuartiges Phänomen – hier folgt der offenbar unverzichtbare Hinweis auf die sogenannte *lex mercatoria*, ein unseres Erachtens nur schwer greifbares „Rechtsphantom“ (vgl. auch Ipsen 2009) – rufe aber wegen ihrer zunehmenden Verbreitung ein immer reger werdendes Interesse (siehe etwa Cutler et al. 1999) hervor:

> „Partly, however, the rise in interest results from the dramatic increase in quantity and influence of self-regulatory arrangements as well as new facets to self-regulatory practices. *Private actors today define regulations across a wide range of policy arenas*, including environmental issues, human rights, or the international financial system. Developments are particularly noteworthy in the *area of standards and codes of conduct*, which now exist at the level of individual companies such as Levi-Strauss or Karstadt; at the sectoral level such as the Responsible Care Program of the Chemical Industry; and at the global level, such as the regulation of transport of dangerous goods by the International Air Transport Association, the ISO 14000 or SA 8000 standards for environmental management and social accountability […], or the advertising code of conduct developed by the International Chamber of Commerce. Importantly, much of this activity extends beyond core activities of business.“ (Fuchs 2005, S. 129)

Was also – so können wir zusammenfassen – Virginia Haufler und Doris Fuchs stellvertretend für andere beschäftigt, ist die Rolle von Unternehmen, die infolge des Fehlens eines transnationalen Gesetzgebers bestehenden *regulatory gaps* auszufüllen und staatliches Recht zu substituieren beziehungsweise zu ergänzen. Insofern kann man in der Tat von *Normsetzung durch Unternehmen* sprechen und damit von einer Erscheinungsform von Koproduktion von Recht.

c) Internationale Anwaltskanzleien (Mega Law Firms, MLF)

Wenn wir jetzt einen kurzen Blick auf die Rolle von internationalen Anwaltskanzleien im Bereich der Normsetzung werfen, so geht es uns hierbei nicht so sehr um ihre konkreten Aktivitäten, sondern um eine Erklärung dafür, warum sie in der *transnational legal arena* eine so dominante Stellung erworben haben; zwei Gründe scheinen dafür ausschlaggebend zu sein, nämlich ein wachsender Markt für rechtliche Beratung, zum anderen eine von diesen Kanzleien praktizierte Art der Rechtsberatung, die in der Literatur als *creative lawyering* bezeichnet wird.

aa) Zum Wachstum des Rechtsberatungsmarktes

Die These, dass wir es – vor allem infolge von Transnationalisierungs- und Entstaatlichungsprozessen – mit einem wachsenden Markt für rechtliche Beratung zu tun haben,

deckt sich mit unseren eigenen Beobachtungen; besonders prononciert ist diese These von Klaus Günther und Shalini Randeria vorgetragen worden, die dazu Folgendes ausgeführt haben:

> „In den Sektoren der Welt, in denen sich das ökonomische System transnational ausdifferenziert, läßt sich ein *wachsender Markt für rechtliche Beratung* beobachten, auf dem nur solche Anwaltssozietäten erfolgreich operieren können, die sich ihrerseits transnational organisieren; zumeist in der Form eines netzwerkartigen Verbunds lokal mehr oder weniger autonomer Anwaltsbüros, die sich unter einer ‚Firma' zusammenschließen. Sie können daher als ein Beispiel für jene Organisationen dienen, die Rudolf Stichweh als ‚Motor der Globalisierung' bezeichnet und folgendermaßen charakterisiert hat: Es handele sich um ‚Mitgliedschaftsverbände, die durch die innerorganisatorische Beweglichkeit von Personal, durch die Fähigkeit zur Etablierung von Filialen und Dependancen an vielen anderen Orten und durch den erleichterten Kommunikationsfluß in der Organisation erhebliche Globalisierungseffekte entfalten können, für die sich jeweils die Frage stellt, ob sie in die Organisation eingeschlossen werden oder in die gesellschaftliche Umwelt hineinwirken'. Diese Frage dürfte vor allem bei transnationalen Anwaltsfirmen ein wichtiges Forschungsthema sein, weil ihre Tätigkeiten in einer engen, aufklärungsbedürftigen Wechselbeziehung mit dem internationalen Kapitalmarkt stehen und in die Dynamik des globalen Wettbewerbs transnationaler Unternehmen eingebunden sind.
>
> Zu solchen Organisationen sind die Anwaltsfirmen durch den hohen Bedarf an rechtlicher Beratung, rechtlicher Organisationsleistung und außergerichtlicher Konfliktschlichtungskompetenz geworden, der mit dem Prozeß der ökonomischen Transnationalisierung zwangsläufig einhergeht. Gegenüber früheren Zeiten nur quantitativ vermehrt haben sich die Rechtsprobleme im internationalen Austausch von Gütern und Dienstleistungen. Neuartige Rechtsprobleme stellen sich dagegen bei Privatisierungen staatlicher Unternehmen (Beispiel: Deutsche Telekom AG), bei der Kapitalaufnahme transnationaler Unternehmen auf dem internationalen Kapitalmarkt, bei den immer umfassenderen Anlage-Aktivitäten transnationaler Investmentfonds und Pensionsfonds auf dem internationalen Kapitalmarkt, bei transnationalen Unternehmensfusionen (deutsche Beispiele: Daimler/Chrysler, Vodafone/Mannesmann) und bei internationalen joint ventures (z. B. Staudammprojekte in Indien und China, Ölpipelines vom Kaspischen Meer nach Deutschland)." (Günther und Randeria 2001, S. 52 f.)

Aber ansteigend ist nicht nur der rechtliche Beratungsbedarf, sondern auch – und hier sind wir wieder bei der Funktion der Ausfüllung von *regulatory gaps* – der von Anwälten zu befriedigende Regelungsbedarf:

> „Anwaltsfirmen können […] zu wichtigen Akteuren des globalen Standort- und Regulierungswettbewerbs werden, wenn sie ihre Mandanten beim ‚*Forumshopping*' beraten, welche Produktions- und Distributionsstandorte die für sie jeweils vorteilhaftesten steuer-, sozial-, wettbewerbs-, arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen bieten. Schließlich werden die Anwälte aber auch zu Akteuren der Rechtserzeugung jenseits des Nationalstaates überall dort, wo globale Märkte um ihrer eigenen Funktionsfähigkeit willen auf rechtliche Regeln der Handlungskoordination und auf Konfliktschlichtungsmechanismen angewiesen sind, die ein nationaler Gesetzgeber und eine staatliche Justiz allein entweder gar nicht oder nicht rasch genug gewährleisten können – oder welche ohne staatliche Intervention für alle Beteiligten günstiger sind. Schließlich tragen die politischen Maßnahmen der Deregulierung durch Umwandlung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Regelungsformen sowie der Privatisierung ihrerseits dazu bei, daß der privatrechtlich *durch Anwälte zu befriedigende Regelungsbedarf* ansteigt." (Günther und Randeria 2001, S. 53)

bb) Übernahme rechtskreativer Funktionen – *Creative Lawyering*

So richtig verstehen aber kann man den Bedeutungsgewinn internationaler Anwaltskanzleien – gerade auch in Europa und in Deutschland, wo die Anwaltschaft nach wie vor als ein „unabhängiges Organ der Rechtspflege" gilt – nur, wenn man sich klar macht, *welche Art und welchen Stil von Rechtsberatung* solche Anwaltskanzleien praktizieren, deren Anwälte entweder selbst dem anglo-amerikanischen Rechtssystem entstammen oder zumindest einen Teil ihrer Ausbildung in den USA durchlaufen haben.

In dem interessanten Working Paper über „The Role of International Law Firms in Cross-Border Commerce" (2006) haben Fabian Sosa und John Flood dazu Überlegungen angestellt, die unter zwei Gesichtspunkten unser Interesse verdienen; einmal wegen der dort beschriebenen *kreativen Form der Rechtsberatung*, zum anderen auch wegen der von solchen *mega-law firms* geschaffenen und beherrschten *semi-autonomous legal fields*:

> „The discourse about international lawyering focuses mostly on Anglo-American mega-law firms, whose services are usually limited to the large multinational companies. The prevailing opinion assumes, that only these law firms are able to provide effective legal support at the global level. Most of these firms have their headquarters in the US (with subsidiaries in many areas of the world). They have hundreds of partners and often over a thousand associates. Trubek et al. […] describe this ‚*American mode of production of law*' and the decisive role played by these multi-purpose, commercially-oriented law firms in the common law. US lawyering known as ‚legal entrepreneurialism' has lead to a pro-active strategy in structuring, negotiating and drafting contracts, requiring an understanding of legal as well as economic and management competences. Lawyers advise their clients, draft complex contracts, influence the lawmaking procedure and file class actions. Law firms exercise an enormous influence on cross border commerce through this *creative form of lawyering* […]. According to some authors, the mega law firms have created *a largely autonomous system of private ordering* which is of much greater importance for global commerce than the legal structures provided by nation states." (Sosa und Flood 2006, S. 1 f.)

Interessant ist auch, was Fabian Sosa und John Flood über die US-amerikanischen Forschungsansätze zu diesem spezifischen Stil der Rechtsberatung zu berichten wissen, die die Funktion von internationalen Anwaltskanzleien in einer Weise beschreiben, die ihre zentrale Rolle in der *transnational legal arena* sehr plausibel werden lässt:

> „In the context of the law firm literature, those approaches are of interest which focus on the function of lawyers and the effect of their work. Well known concepts from this literature are the *concept of creative lawyering* […], *the concept of the lawyer as legal entrepreneur or legal engineer* […], or *the lawyer as manager of uncertainty* […]. However, despite their relevance for the present project, these approaches seem to be too specific for a basic general approach.
>
> A more general approach can be derived from the works of Lawrence Friedman, who has argued that the significance of lawyers and their indispensability increases the weaker and lumpier existing legal structures are […]. This argumentation has also been used to explain the dominance of Anglo-American MLF in the global context and the growing Americanization in the global legal field […]. The fragmentariness of the global legal system leads to a comparative advantage for US law firms because these firms are familiar with the openness of the legal system in the common law and the coexistence of different legal systems. In this context they were able to develop *a particular style of lawyering, much more creative and business oriented than in the civil law countries.*" (Sosa und Flood 2006, S. 4)

Wenn wir diese Auskünfte und Überlegungen zu den drei Typen von Normunternehmern noch einmal Revue passieren lassen, so animiert uns dies, einen Begriff ins Spiel zu bringen, den wir schon an anderer Stelle als nützlich empfunden haben (Schuppert 1994), nämlich den der „institutionellen Kompetenz". Sowohl NGOs als auch Transnational Corporations wie auch insbesondere internationale Anwaltskanzleien verfügen über eine je eigene spezifische Kompetenz, die sie befähigt, in Normsetzungsprozessen der *transnational legal arena* eine wichtige Rolle zu spielen. Bei NGOs sind dies neben ihrer enormen *agenda setting power* ihre – was hier noch zu ergänzen wäre – kritische Hinterfragung bestehender Normregime in globalen Gerechtigkeitsdiskursen sowie ihre Rolle als Träger lokalen und alternativen Regelungswissens. Die institutionelle Kompetenz von transnationalen Unternehmen, in Arenen jenseits des Nationalstaates bei der Normproduktion mitzuwirken, ist ihnen gewissermaßen angeboren: Als definitionsgemäß *global player* operieren sie im Rahmen transnationaler Regelungsstrukturen und schaffen sich diese – falls andere Regulierungsinstanzen ausfallen – notfalls selbst. Was die institutionelle Kompetenz von internationalen Anwaltskanzleien angeht, so liegt sie ganz offenbar darin, den rechtlichen Beratungs- und Regelungsbedarf einer globalisierten Wirtschaft wie keine andere Instanz befriedigen zu können.

Bevor wir zum Abschluss dieses dritten Kapitels noch einige Überlegungen zu normativen Maßstäben einer pluralisierten Rechtsproduktion anstellen, wollen wir – als Überleitung gewissermaßen – noch einen Punkt ansprechen, der uns am Herzen liegt, nämlich die öffentliche Funktion privater Normsetzung.

D. Normative Maßstäbe einer pluralisierten Rechtsproduktion: zur Maßstäblichkeit der *Rule of Law*

I. Private Normsetzer als öffentliche Institutionen

In einem vor kurzem erschienenen Beitrag hat sich Andreas Engert mit dem Erscheinungsformen und den Konsequenzen privater Normsetzungsmacht auseinandergesetzt (2014); an Hand von drei Regelungswerken, nämlich den Musterregeln der International Swaps and Derivates Association (ISDA), dem „Deutschen Corporate Governance Kodex" (DCGK) und den „International Financial Reporting Standards" (IFRS) beschreibt er die wichtigsten Funktionen privater Normsetzer wie folgt:

> „In wiederkehrenden Transaktionen entstehen für Regelungen nahezu unvermeidlich *Netzeffekte* und damit *eine natürliche Standardisierung*. Verbreitete Regelungen wie die Pari-passu-Klausel [Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubigen, keine Forderungen zu begründen, die Vorrang vor der des Gläubigers haben , G. F. S.] prägen die Vertragsgestaltung deshalb mindestens ebenso sehr wie die Normen des staatlichen, dispositiven Rechts. Während sich Rechtsnormen aber zumeist auf den Gesetzgeber zurückführen lassen, erschienen private Normen bislang als ‚Heteronomie ohne Heterono-

> men'. Der Blick auf die ISDA-Musterregeln, den DCGK und die IFRS lehrt hingegen, dass sich private Normen nicht selten ebenfalls auf eine zentrale Institution stützen. Indem ein bestimmter Akteur eine Zuständigkeit für die private Norm beansprucht, wird deren heteronome Wirkung deutlicher sichtbar. Die wichtigste Rolle besteht darin, die Regelung inhaltlich auszugestalten und ihr eine autoritative Formulierung zu geben." (Engert 2014, S. 331 f.)

Diese Funktionen und insbesondere die von Engert herausgearbeiteten *Netzeffekte* privater Regelsetzer haben zur Konsequenz, dass ihnen eine „gewisse Macht über ‚ihre' Norm" (Engert 2014, S. 334) zuwächst und sie dadurch *de facto* eine öffentliche Funktion wahrnehmen. Als solche der reinen Privatsphäre entwachsene Akteure hat Engert zwei Akteursgruppen identifiziert, nämlich einmal die großen Anwaltskanzleien und zum anderen Branchenverbände oder andere nicht gewinnorientierte Institutionen.

Was zunächst die *big law firms* angeht, die auf den ersten Blick nicht unbedingt als Normsetzer zu erkennen sind, so skizziert Engert ihre Handlungslogik wie folgt:

> „So können Rechtsberater erheblichen Aufwand treiben, um eine passende Regelung für bestimmte Gestaltungen zu entwickeln; andere kopieren die gefundene Lösung, so dass Netzeffekte entstehen und sich die Regelung zu einer Norm verfestigt. Da Anwälte und andere Dienstleister häufig dieselbe Art von Transaktion vielfach mit wechselnden Parteien begleiten, sind sie besonders gut dazu in der Lage, eine Regelung zu verbreiten und die Marktteilnehmer zu koordinieren. Allerdings zielt ihre Tätigkeit als ‚Normunternehmer' darauf, weitere Beratungshonorare zu erwirtschaften. Sie haben deshalb kein Interesse daran, ihre Beratungs- und Anpassungsleistungen überflüssig zu machen. Von ihnen ist keine Normsetzung in dem Sinne zu erwarten, dass sie allgemein verwendbare Regelungen formulieren und für andere verfügbar machen. Vielmehr dürften Rechtsberater zumindest den äußeren Eindruck einer Vereinheitlichung eher hintertreiben, um ihre Leistung nicht als austauschbar erscheinen zu lassen. Die Veröffentlichung eines einheitlichen Normtextes und dazugehöriger Anwendungshilfen ist deshalb von Rechtsberatern eher nicht zu erwarten." (Engert 2014, S. 334 f.)

Was die zweite Akteursgruppe angeht, so wird an ihr besonders deutlich, dass sie mit ihrer „Normproduktion ein *öffentliches Gut* bereitstellt und damit eine *öffentliche Aufgabe* erfüllt":

> „Soweit Regelungen nicht nur als Nebenleistung zu rechtlicher Beratung geschaffen werden, sind private Normsetzer in aller Regel Branchenverbände oder andere nicht gewinnorientierte Institutionen. Die Netzeffekte von Regelungen bedingen, dass eine effiziente Normkonfiguration – einschließlich der inhaltlichen Qualität der vorherrschenden Normen – ein öffentliches Gut des jeweiligen Marktes sind. […] Für den *status quo* ist festzuhalten, dass private Normsetzer mit ihren Leistungen, aber auch mit ihrer (begrenzten) Verfügungsmacht über die von ihnen bereitgestellten Normen eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Indem sie auf die Normkonfiguration einwirken, beeinflussen sie die entstehenden Netzeffekte, ohne diese vollständig zu internalisieren. Wie sie diese Normsetzungsmacht einsetzen, hängt von ihrer inneren Verfassung ab. Damit stellen sich für private Normsetzer ähnliche Fragen wie für andere öffentliche Institutionen, insbesondere nach einer Repräsentation der betroffenen Interessen." (Engert 2014, S. 335 f.)

Wenn nicht nur der Erlass staatliches Rechts, sondern auch die private Rechtsproduktion öffentliche Güter bereitstellen, dann bedarf eines Maßstabes nicht nur für *good law-making*, sondern – entsprechend unseres regelungswissenschaftlichen Ansatzes – für *good rule-making* auch und gerade jenseits des staatlichen Rechts.

Als ein solcher Maßstab – so unsere Schlussthese dieses Kapitels – kommt das Prinzipienbündel der *rule of law* in Betracht, wobei wir Rule of Law nicht als ein staatszentriertes Prinzip sondern – im Gegenteil – als ein Ensemble von *second order rules* verstehen, das überall dort als Maßstab herangezogen werden kann, wo es um *rule-making* geht, auch und gerade durch nicht-staatliche Regelsetzer.

II. *Rule-of-Law*-Prinzipien als *second order rules* im Sinne von „*rules for rule-making*"

Wenn man – wie wir meinen – *Rule-of-law*-Prinzipien als *second order* rules verstehen kann, dann eignen sie sich in besonderem Maße als normativer Maßstab für jedwede Form von Regelsetzung. Was es mit der in der Rechtstheorie geläufigen Unterscheidung von primären und sekundären Regeln auf sich hat, erklärt Robert S. Summers in seinem grundlegenden *Rule-of-law*-Aufsatz (1999) wie folgt:

> „The principles of the rule of law differ from principles of ordinary ‚first order law'. Principles of ordinary first order law apply directly to determine legal relations between immediate addressees of such law. […] Unlike such ‚first order principles', the principles of the rule of law are what might be called *‚second order' principles*. […] Principles of the rule of law are about first order law in the sense that they are general norms that direct and constrain how first order law is to be created and implemented." (Summers 1999, S. 1692)

Auch Michael Zürn und Bernhard Zangl knüpfen an diese Unterscheidung an und machen sie für die von ihnen untersuchten Verrechtlichungsprozesse wie folgt fruchtbar:

> „Verrechtlichungsprozesse zeichnen sich […] dadurch aus, dass so genannte sekundäre Regeln institutionell definiert sind. Dort, wo die Regelsetzung, die Regelanwendung und die Regeldurchsetzung nicht nach vorab definierten Verfahren funktionieren […] kann man kaum von Recht sprechen. Insofern setzt ein anspruchsvolles Rechtssystem primäre und sekundäre Regeln voraus […]." (Zürn und Zangl 2004, S. 21 f.)

Diese Erläuterungen vor Augen, können wir die Rolle von *Rule-of-law*-Prinzipien als *second order rules* begreifen, die in den folgenden drei Bereichen klare sekundäre Regeln enthalten:

- *für die Rechtsproduktion* beziehungsweise – allgemeiner formuliert – für die Regelsetzung und hier vor allem die Frage, welche Instanz zur Regelsetzung legitimiert ist und welche verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Produktionsprozess zu stellen sind
- *für die Beschaffenheit des Produktes selbst, also die Qualität der produzierten Normen*, und zwar nicht in dem Sinne, welche Art von Normen welche Sachbereiche regeln sollen, sondern im Sinne von Anforderungen an jede Art von Normen, die verhaltenssteuernde Wirkung für sich reklamieren und daher über ein Mindestmaß an Klarheit, Bestimmtheit und Widerspruchsfreiheit verfügen müssen

- *für die Rechtsdurchsetzung*, da auch solche Regeln des *law enforcements* für moderne Gesellschaften unerlässlich sind:

> „Effektivität und gesellschaftliche Relevanz einer Rechtsordnung bestimmen sich im wesentlich danach, in welchem Umfang diese ihre Verwirklichung zu garantieren vermag. Zugleich offenbaren sich in Ausmaß und Grenzen der für zulässig erachteten Zwangsgewalt grundsätzliche Wertentscheidungen einer Gesellschaft." (Nehlsen-von Stryk 1993, S. 350 f.)

Verstehen wir Rule of Law als Ensemble von *second order rules* für die Erzeugung und Durchsetzung von verhaltenssteuernden Regelungen, dann ist damit auch klar, dass sich diese Sekundärregeln nicht auf den Bereich der staatlichen Rechtserzeugung beschränken können. Der Maßstäblichkeit der *Rule-of-law*-Prinzipien bedarf es daher vor allem in den Bereichen, in denen kein staatliches Recht existiert oder es keine Direktionskraft entfaltet, sich dafür aber andere, nicht-staatliche Formen der Ordnungsbildung und Konfliktbewältigung finden lassen, die als funktionale Äquivalente „klassischen Rechts" wirken. Der Anwendungsbereich der *Rule-of-law*-Prinzipien kann daher sinnvollerweise nicht auf den Staat und seine Rechtsproduktion beschränkt sein: Soweit *rule of law* die Ausübung von Herrschaft und die Austragung von gesellschaftlichen Konflikten mit den Mitteln des Rechts bezeichnet, muss es sich auch und gerade auf andere Formen neben dem staatlich gesetzten Recht beziehen.

Wessen es dann nur noch bedarf, ist die *bereichsspezifische Operationalisierung* der hier nur sehr allgemein beschriebenen *second order rules*, eine Aufgabe, der sich die „International Standardization Organization" (ISO) bereits angenommen hat, in dem sie in Form eines „Code of Good Practice for Standardization" *standards for standardization* aufgestellt hat, die wir an dieser Stelle auszugsweise zitieren wollen; besonders hingewiesen sei hier auf die Regel 3.1, die ausdrücklich darstellt, dass sich diese *second order rules* auf jede Art der Standardisierung beziehen, unabhängig davon ob staatlich oder nicht-staatlich, ob international oder lokal:

> „3.1 „This code is intended for use by any standardizing body, whether governmental or non-governmental, at international, regional, national or sub-national level. […]
>
> 4.1 Written procedures based on the consensus principle should govern the methods used for standards development. Copies of the procedures of the standardizing body shall be available to interested parties in a reasonable and timely manner upon request.
>
> 4.2 Such written procedures should contain an identifiable, realistic and readily available appeals mechanism for the impartial handling of any substantive and procedural complaints.
>
> 4.3 Notification of standardization activity shall be made in suitable media as appropriate to afford interested persons or organizations an opportunity for meaningful contributions. […]
>
> 4.6 All standards should be reviewed on a periodic basis and revised in a timely manner. Proposals for the development of new or revised standards, when submitted according to appropriate procedures by any materially and directly interested person or organization, wherever located, should be given prompt consideration. […]

> 6.1 Participation in standardization processes at all levels shall be accessible to materially and directly interested persons and organizations within a coherent process as described in this clause.“ (ISO/ IEC 1994)

Wenn man an dieser Stelle eine kurze *Zwischenbilanz* ziehen will, so kann man festhalten, dass sich im Bereich nicht-staatlicher Normsetzung bereits *rules for rule-making* herausgebildet haben, die in diesem Feld genau diejenigen Funktionen erfüllen, die wir einem als Ensemble von Sekundärregeln verstandenen *rule of law* zuweisen. Die *standards for standardization* sind nichts anderes als Sekundärregeln, die den Prozess der Standardsetzung steuern wollen, und deshalb – wie weiter oben bereits dargestellt – bestimmte verfahrens„rechtliche“ und organisatorische Anforderungen an diesen Prozess formulieren. Aus regelungswissenschaftlicher Perspektive, die nicht auf die staatliche Rechtsordnung fixiert ist, sondern die Vielfalt normativer Regelsysteme im Blick hat, erschließt sich leicht, dass es sich hierbei der Sache nach um die Anwendung von *Rule-of-law*-Prinzipien handelt, ein Befund, der eigentlich nicht überraschen kann, wenn man sich darüber im Klaren ist, dass im angelsächsischen Verständnis *rule of law* nie ein ausschließlich staatszentriertes Konzept war.

Abschließen möchten wir dieses dritte Kapitel mit einem Blick auf das von Jeremy Waldron unlängst vorgestellte *Rule-of-law*-Konzept, das in ganz ähnlicher Weise wie hier argumentiert, unseren Überlegungen aber noch eine zitierenswerte normative Pointe hinzufügt.

III. Jeremy Waldrons *Rule-of-law*-Konzept

Das hier zum Abschluss vorzustellende *Rule-of-law*-Konzept argumentiert – ebenso wie wir dies soeben getan haben – in mehreren Schritten:

- Im ersten Schritt geht es um das, was wir als *Anforderungen an die Rechtsproduktion* bezeichnet haben; sie müsse – so formuliert er in der Sache mit uns übereinstimmend – im Rahmen eines *„constraining framework of public norms“* erfolgen:

  > „The rule of law is a multi-faced ideal, but most conceptions give central place to a requirement that people in positions of authority should *exercise their power within a constraining framework of public norms* rather than on the basis of their own preferences, their own ideology or their own individual sense of right and wrong.
  >
  > Beyond this, many conceptions of the rule of law place great emphasis on legal certainty, predictability, and settlement […].“ (Waldron 2008, S. 5)

- In einem zweiten Schritt geht es nicht um die *regelgebundene Rechtsproduktion*, sondern um das, was wir *Anforderungen an die Normqualität* nennen, also vor allem hinsichtlich Klarheit, Verlässlichkeit und Widerspruchsfreiheit, Anforderungen, die sich aus der Funktion von Steuerung durch Recht ergeben:

„A conception of the Rule of Law like the one [outlined above, G. F. S.] […] emphasizes the virtues that Lon Fuller talked about in his book The Morality of Law: the prominence of *general norms as a basis of governance, the clarity, publicity, stability, consistency, and prospectivity of those norms*, and congruence between law on the books and the way in which public order is actually administered. On Fuller's account the Rule of Law does not directly require anything substantive: for example, it does not require that we have any particular liberty. All it requires is that the state should do whatever it wants to do in an orderly *predictable* way, giving us plenty of advance notice by publicizing the general norms on which its actions will be based, and that it should then stick to those norms and not arbitrarily depart from them even if it seems politically advantageous to do so. Requirements of this sort are described sometimes as procedural, but I think that is a misdescription. They are formal and structural in their character: they emphasize the forms of governance and the formal qualities (like generality, clarity, and prospectivity) that are supposed to characterize the norms on which state action is based." (Waldron 2008, S. 6)

- In einem dritten Schritt geht es um die *Normanwendung*; die diesbezügliche Position Waldrons hat Richard B. Stewart in seinem schon zitierten Aufsatz über das Global Administrative Law unter der Überschrift *„regularity of norm application"* wie folgt zusammengefasst:

„Norms must be applied in specific instances through procedures that ensure accurate and impartial administration, ensuring that official respects [sic!] the limits on their authority that those norms establish, and protect the correlative rights and the security of persons subject to their exercise of authority. Regularity of application requires procedural and institutional arrangements to ensure impartial decisions in specific instances in accordance with relevant regulatory norms that are accurately and consistently applied. In the core situation, where officials enforce sanctions, impose liabilities, or make other decisions that impact the rights and obligations of specific persons in ways that have serious consequences, domestic administrative law typically requires adjudicatory hearings in which the affected person has a right to participate and present evidence and argument to an impartial decisionmakers to why norm does or does not apply in his case, a reasoned decision based on evidence of record, followed by opportunity for review of the decision by an independent authority." (Stewart 2012, S. 10)

- Am interessantesten aber finden wir den Aspekt, den Richard B. Stewart als *„public regarding"* bezeichnet – „the norms regulating official conduct towards citizens must be public regarding, in substance and the procedures for their adoption and application must promote their public-regarding character" (Stewart 2012, S. 10) – und den wir selbst als „notwendige Gemeinwohlbindung" bezeichnen würden. Jeremy Waldron schreibt dazu:

„[T]he norms must be not only general but public. They must be promulgated to the public – to those whose conduct will be assessed by them and to those whose interests their application is supposed to affect […] The publicity of these norms is also not just a matter of pragmatic administrative convenience along the lines of its being easier to govern people if they know what is expected of them. It embodies a fundamental point about the way in which the systems we all call legal systems operate. They operate by using, rather than short-circuiting, the responsible agency of ordinary human individuals. […]

> We recognize as law not just any commands that happen to be issued by the powerful, but norms that purport to stand in the name of the whole society and to address matters of concern to the society as such." (Waldron 2008, S. 25 ff.)

Dem ist, außer Zustimmung, nichts hinzuzufügen.

E. Einige abschließende Bemerkungen

An sich hätte ein Kapitel, in dem es um die Pluralität von Normproduzenten geht, dazu eingeladen, sich etwas ausführlicher mit dem Thema „Recht als Produkt" zu beschäftigen; denn wie wir im Zusammenhang mit der Erörterung des Rechts der Wirtschaft schon angemerkt haben, gibt es durchaus so etwas wie einen *globalen Markt für Recht*, was die Nationalstaaten dazu animiert, auf diesem Markt des Rechts miteinander in Konkurrenz zu treten, so etwa auch die Bundesrepublik Deutschland: In dem folgenden auf der Homepage des Bundesministeriums für Justiz zu findenden Vorwort der ehemaligen Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger zu dem Projekt „Law – Made in Germany" heißt es dementsprechend wie folgt:

> „‚Made in Germany' ist nicht nur ein Qualitätssiegel für deutsche Autos oder Maschinen, sondern auch für deutsches Recht. Unser Recht schützt privates Eigentum und bürgerliche Freiheit, es sorgt für gesellschaftlichen Frieden und wirtschaftlichen Erfolg. Für Unternehmen ist deutsches Recht ein echter Wettbewerbsvorteil. Es ist vorhersehbar, bezahlbar und durchsetzbar. Unsere Gesetzbücher sorgen für Rechtssicherheit. Der Verlierer eines Prozesses trägt dessen Kosten. Und wenn ein Gericht entschieden hat, werden seine Urteile rasch und effektiv vollstreckt. Dagegen gibt es im deutschen Recht weder Sammelklagen noch Strafschadensersatz. Diese negativen Erscheinungen anderer Rechtsordnungen kennen wir aus guten Gründen nicht. Deutsches Recht ist Teil des Kodifikationsrechts des europäischen Kontinents und hat eine große Tradition. Es hat seine Qualität in schwierigen Zeiten bewiesen. Nach dem Zweiten Weltkrieg hat es das Wirtschaftswunder in Westdeutschland ermöglicht und nach dem Fall der Berliner Mauer die Transformation in Ostdeutschland unterstützt. Heute herrschen in ganz Deutschland Wohlstand und Demokratie. Dies verdanken wir nicht zuletzt unserem Recht. Wer sich heute in aller Welt für kontinentaleuropäisches, für deutsches Recht entscheidet, trifft eine gute Wahl, denn Recht ‚made in Germany' ist ein Garant für Erfolg." (Bundesministerium der Justiz 2011)

Lässt man einmal den Werbejargon beiseite, so bleibt als richtiger Kern dieser Aussage, dass es so etwas wie einen *Weltmarkt für Recht* gibt, weil andere Staaten oder Unternehmen in begrenztem Umfang die Wahl haben, ob sie US-amerikanisches oder deutsches Insolvenzrecht oder US-amerikanische oder britische Accounting-Standards bevorzugen (zum Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern von Accounting-Standards instruktiv Botzem und Hofman 2009). Insofern kann man von einem *Wettbewerb der Rechtsordnungen* sprechen, mit der durchaus realen Folge, dass „Law – Made in Germany" und „US Made Law" auf bestimmten Märkten aufeinander treffen, wobei – wie zu hören ist – der US-amerikanische Wettbewerber nicht zögert, selbst Mitglieder des Supreme Court als

„Rechtsvertreter" einzusetzen (sehr anschaulich zum US-amerikanischen *legal imperialism* Gemkow 2012).

Wir haben uns jedoch entschieden, den Schwerpunkt dieses Kapitels anders zu setzen; wie eingangs schon erläutert, ging und geht es uns um die Verknüpfung des Befundes einer Pluralität von Normproduzenten mit der Untersuchung derjenigen *normative spaces*, in denen diese normproduzierenden Institutionen anzutreffen sind. Auf diese Weise sollte es gelingen, das, was wir Normproduktion nennen, zu kontextualisieren, also in den Kontext einer bestimmten normativen Arena beziehungsweise eines normativen Feldes zu stellen; wir hoffen, das uns dies ansatzweise gelungen ist.

Viertes Kapitel
Von der Pluralität der Normenordnungen zur Pluralität der Normdurchsetzungsregime: Jurisdiktionsgemeinschaften und ihre je spezifische Jurisdiktionskultur

A. Normative Ordnungen als auf Verwirklichung angelegte Sollensordnungen: Zur Durchsetzungsdimension jeder Normenordnung

I. Rechtsdurchsetzung als notwendiger Bestandteil einer effektiven Rechtsordnung

Dass jede Rechtsordnung, die Effektivität anstrebt, auf eine geordnete Rechtsdurchsetzung angewiesen ist, ist von Karin Nehlsen-von Stryk mit großer Klarheit wie folgt formuliert worden: „Effektivität und gesellschaftliche Relevanz einer Rechtsordnung bestimmen sich im Wesentlichen danach, in welchem Umfang diese *ihre Verwirklichung zu garantieren vermag*. Zugleich offenbaren sich in Ausmaß und Grenzen der für zulässig erachteten Zwangsgewalt grundsätzliche Wertentscheidungen einer Gesellschaft“ (Nehlsen-von Stryk 1993, S. 550 f.). Christian Waldhoff hat dieses Zitat seiner Abhandlung über den Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz wie ein Leitmotiv vorangestellt und ergänzend Folgendes ausgeführt:

> „Das Recht als Sollensordnung ist nicht auf abstrakte Geltung, sondern auf Verwirklichung angelegt. Vollstreckung und Sanktionen als die beiden Typen rechtlichen Zwangs sind im demokratischen Verfassungsstaat Endpunkte eines einheitlichen und umfassenden Rechtsverwirklichungsvorgangs. Dieser beginnt mit der Rechtsetzung, fährt in der Rechtsanwendung als Konkretisierung generell-abstrakter Regeln auf den Einzelfall fort und mündet – falls notwendig – in der mehr oder weniger zwangsweisen Rechtsdurchsetzung. Dieses Modell kann in vielfältiger Weise gestuft, erweitert oder abgewandelt erscheinen […]. Sein Kern bleibt jedoch – bei allen Variationen – stets erhalten. Die zwangsweise Rechtsdurchsetzung als die Vollstreckung und Sanktionierung überwölbende Kategorie empfängt nach diesem einheitlichen Rechtsverwirklichungsmodell Inhalt und Impulse, Ziele und Programme aus dem durchzusetzenden Recht. […]
>
> Sie [die zwangsweise Rechtsverwirklichung, G. F. S.] empfängt nicht nur ihr Ziel, sondern einen entscheidenden Anteil ihrer Legitimation aus dem seinerseits demokratisch legitimierten durchzusetzenden Recht, wahrt auf der anderen Seite rechtsstaatlichen Distanzschutz durch eine verfahrensrechtliche Abkoppelung von den durchzusetzenden Rechten oder Entscheidungen. Das durchzusetzende Recht kann als Rechtsinhaltsrecht, die Normen der Vollstreckungs- und Sanktionierungsregime als Rechtsdurchsetzungsrecht bezeichnet werden.“ (Waldhoff 2008, S. 13 f.)

Nehmen wir eine weitere Stimme hinzu, die uns die Durchsetzungsdimension jeder auf Verwirklichung angelegten normativen Ordnung eindringlich vor Augen führt; gemeint ist die von Markus Möstl, der in seiner Habilitationsschrift über *Die staatliche Garantie für*

die öffentliche Sicherheit und Ordnung – bezogen auf das staatliche Recht – vom *rechtsstaatlichen Auftrag zur Durchsetzung der Rechtsordnung* gesprochen hat:

> „Der Auftrag zur Rechtsdurchsetzung ist dem Rechtsstaatsprinzip in mehrfacher Hinsicht immanent. Zum einen folgt er aus der fundamentalen rechtsstaatlichen Aufgabe der Wahrung und Sicherung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit: Sowohl bei historischer als auch bei dogmatischer Betrachtung gehört die Idee der Befriedung durch eine rechtliche Ordnung zu den ursprünglichen und konstituierenden Merkmalen der Rechtsstaatlichkeit. Rechtsfriede und Sicherheit im Recht (Rechtssicherheit im weiteren Sinne) freilich setzen voraus, daß die staatliche Rechtsordnung, die diesen Frieden und diese Sicherheit gewährleisten soll, nicht nur besteht, sondern auch tatsächlich wirksam wird, was wiederum zur Voraussetzung hat, daß diese Rechtsordnung hinreichend effizient ist und tatsächlich durchgesetzt wird. Effizienz und Durchsetzung des Rechts sind deshalb eine ständige Forderung des Rechtsstaats. Aber auch, soweit man – zweitens – weniger auf den Frieden, als auf die Freiheit als den tragenden Grundgedanken der Rechtsstaatlichkeit abstellt, ergibt sich kein anderes Ergebnis: Wenn es nämlich den Kern der Rechtsstaatlichkeit ausmacht, gesetzmäßige Freiheit und Selbstbestimmung durch das Recht zu gewährleisten, so setzt auch dies voraus, das [sic!] Gesetzmäßigkeit und Recht tatsächlich verwirklicht und durchgesetzt werden, und zwar nicht nur im Verhältnis zum Staat als Freiheit von gesetzwidrigem Zwang, sondern auch im Verhältnis zu Dritten als Sicherheit vor rechtswidrigen Übergriffen, denn erst die allseitige Durchsetzung des Rechts bringt jenen Zustand gesetzmäßiger Freiheit hervor, den der Rechtsstaat garantieren möchte. […]
>
> Verstärkt wird dieser Gedanke – drittens – noch im demokratischen Rechtsstaat, denn ihm dient die Rechtsdurchsetzung nicht nur der Herstellung gesetzmäßiger Freiheit, sondern zudem auch der Zur-Geltung-Bringung des Gesetzes als des Ergebnisses demokratischer Willensbildung." (Möstl 2002, S. 65 f.)

Man ist sich also – wie es scheint – vollkommen einig darin, dass das Recht (als Paradebeispiel einer normativen Ordnung) notfalls auch *zwangsweise* durchgesetzt werden muss. Diese Einsicht führt zu dem interessanten Befund, dass das Recht, das die Anwendung von Zwang und Gewalt zur Durchsetzung von Interessen und vermeintlichen Ansprüchen gerade verhindern will, seinerseits auf Zwang nicht verzichten kann, will es gerade diese seine zentrale Funktion glaubwürdig erfüllen. Man kann insoweit von einem Rechtsdurchsetzungsparadox sprechen, ein Sachverhalt, den Christian Waldhoff wie folgt formuliert hat:

> „Recht funktioniert dadurch, dass es Streitigkeiten ohne Ausübung physischer Gewalt entscheidbar macht und so Frieden sichert. Das Recht erweist sich insofern als Instrument gewaltloser Streitschlichtung. Im Grenzfall muss sich dann allerdings das Recht selbst des Zwangs und der physischen Gewaltsamkeit bedienen, um seine Funktion erfüllen zu können: Um Macht und Gewalt zu domestizieren, muss sich das Recht der Drohung mit Macht, Gewalt und Zwang bedienen." (Waldhoff 2008, S. 17)

II. Zur organisatorisch-institutionellen Dimension der Normdurchsetzung: Normdurchsetzungsrecht und Normdurchsetzungsregime

Vom Normdurchsetzungsrecht war schon die Rede; es gibt uns Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung

des Rechts ergriffen werden dürfen. Zur näheren Charakterisierung dieses Typs von Recht heißt es bei Christian Waldhoff – allerdings bezogen auf den Bereich der administrativen Rechtsdurchsetzung – wie folgt:

> „Das Rechtsdurchsetzungsrecht besitzt im Verhältnis zum Rechtsinhaltsrecht instrumentellen Charakter. Die Trennung, der ‚Durchgriff' und etwaige Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Ebenen stellen zentrale verwaltungsrechtsdogmatische Problemfelder des Vollstreckungsrechts dar. Anders ausgedrückt: Verwaltungsrechtsdogmatik administrativer Rechtsdurchsetzung bedeutet zum einen die Dogmatik der Rechtsdurchsetzungsnormen und des Rechtsdurchsetzungsverfahrens selbst, zum anderen die Untersuchung der Verbindung von Rechtsinhalts- und Rechtsdurchsetzungsnormen. Schließlich geht es um die Auswahl zwischen unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsmodellen, vorrangig um das Verhältnis zwischen Vollstreckung und Sanktionierung, aber auch um Alternativen zur zwangsweisen Rechtsverwirklichung. Diese Wahl zwischen ‚Modellen' zwangsweiser administrativer Rechtsverwirklichung kann sich auf der Ebene der Rechtsetzung wie der Rechtsanwendung stellen." (Waldhoff 2013, S. 271, Rn. 2)

Wir nehmen aus dieser Passage mit, dass es bei der Rechtsdurchsetzung nicht nur um normative Aussagen geht – also darum, welche Vollstreckungsmaßnahmen wann zulässig und geboten sind – sondern auch um das *Durchsetzungsverfahren* und die *Durchsetzungsorganisation*: Waldhoff spricht insoweit von verschiedenen *Rechtsdurchsetzungsmodellen*, ein Begriff, den wir gerne aufgreifen, aber zugleich modifizieren möchten. Wir schlagen stattdessen zur besseren Zusammenführung von Inhalt, Verfahren und Organisation der Rechtsdurchsetzung vor, von *Rechtsdurchsetzungsregimen* zu sprechen, und zwar in bewusster Anlehnung an den Begriff des *Governance-Regimes* als eines *aufgabenbezogenen institutionellen Arrangements*, das nicht nur aus Rechtsregeln bestehen muss, sondern auch nichtrechtsverbindliche Steuerungsmodi wie etwa sozialem Druck oder *governance by reputation* (dazu Schuppert 2010, S. 93 ff.) mit umfasst (zum Begriff des Governance-Regimes Trute et al. 2008).

Wenn wir auf diese Weise die etwas zu enge Welt des staatlichen Rechts verlassen und uns die im zweiten Kapitel betrachtete Pluralität normativer Ordnungen in Erinnerung rufen, dann steht zu vermuten, dass wir auch auf eine *Vielfalt unterschiedlicher Rechtsdurchsetzungsregime* treffen werden. So ist es in der Tat. Wie die nachstehende, einem Beitrag von Werner Gephart und Raja Sakrani (2012) entnommene Übersicht zeigt, lassen sich zumindest vier unterschiedliche Normdurchsetzungsregime unterscheiden – vom Kirchenbann bis zu sozialen Exklusionsmechanismen (Gephart und Sakrani Raja 2012, S. 108):

Schaubild: Geltungs- und Verbindlichkeitsgefälle normativer Ordnungen

Geltungs-dimensionen	Religion	Recht	Sitte	Mode
Symbolische Geltung	Symbolische Repräsentationen der Letztreferenz	Differenz von symbolischer und faktischer Geltung	Unterscheidungen von Manieren, Benimm und Manieriertheit	Paradoxie des ‚éternel dans le fugitif'; der Einzigartigkeit und der Gruppenzugehörigkeit
Normative Geltung	Stufen der Verbindlichkeit, Virtuosen- und Laienverbindlichkeiten	Beliebige Änderbarkeit, force du droit, „Einverständnisgeltung" als Geltungsfiktion	Faktizität	Die plurale Geltung der vestimentären Codes
Organisationsförmige Geltungssanktionierung	Kirchenbann, Beichte und Gewissensteuerung, Androhung der ewigen Verdammnis	Durchsetzbarkeit und Durchsetzungsstab, Selektion von Geltungsansprüchen	Soziale Sanktionierung	Markt vs. Institutionelle Kontrolle und soziale Exklusionsmechanismen
Ritualverfestigung	Ritualfeindschaft vs. Ritualismus	Ritual- vs. Verfahrenslegitimation	Routine	Rituale der Selbstdarstellung und Gruppenzugehörigkeit
Geltungsdauer	Von Beginn an bis in alle Ewigkeit	Von der Illusion der ewigen Geltung, aus der Natur, bis zur Geltung aus Kontingenz	Faktische Dauer	Illusion der ewigen Geltung
Geltungsgründe	„weil es von einem höheren Wesen kommt und von Anfang an besteht"; sakrale Ursprungslegitimation	„weil es schon immer so war" oder „weil es wieder änderbar ist"; von sakralen Gründen bis zu beliebiger Satzbarkeit als Geltungsgrund	„weil es so ist"	„weil es so schön ist", „weil es andere tun"; Geltungsparadoxien

Von dieser Übersicht inspiriert, wollen wir im Folgenden einen Streifzug durch verschiedene Erscheinungsformen von Normdurchsetzungsregimen unternehmen, zunächst aber noch bei der grundsätzlichen Frage verweilen, welche Instanzen beziehungsweise Akteure uns in den Sinn kommen, von denen wir erwarten, dass sie die Geltung und Durchsetzung einer Normenordnung gewährleisten.

III. Vielfalt der Normdurchsetzungsregime als Spiegelbild der Vielfalt normativer Ordnungen

Wie wir im Einleitungskapitel dieses Buches näher dargelegt und begründet haben, geht es uns – daher der Titel *The World of Rules* – um die Erfassung der Vielfalt normativer Ordnungen, von denen die staatliche Rechtsordnung nur einen, wenn auch besonders wichtigen Teil darstellt; wenn es aber – wie soeben ausgeführt – jeder normativen Ordnung immanent ist, auch ein spezifisches Regime zu entwickeln, dass ihre Beachtung und Befolgung gewährleisten soll, dann wird sich – so unsere These – die Vielfalt der normativen Ordnungen auch in der Vielfalt der Normdurchsetzungsregime widerspiegeln müssen.

Wenn dies richtig ist, dann ergibt sich daraus als zentrale methodische Konsequenz, dass wir auch in diesem vierten Kapitel mit einem *Weitwinkelobjektiv* arbeiten müssen: Es gilt also nicht nur, das staatliche Sanktionssystem in den Blick zu nehmen, das – wie Christian Waldhoff ausführlich dargelegt hat – so wunderbar rechtlich durchgeformt ist, wie es einem sich als Rechtstaat sich verstehenden Gemeinwesen wohl ansteht. Es gilt auch und vor allem, sich der Mechanismen zu vergewissern, die bei der Durchsetzung nicht rechtsverbindlicher, aber gleichwohl verhaltenssteuernder Normen zum Einsatz kommen – etwa in Gestalt von Monitoring- und Evaluationssystemen bis hin zu schwer greifbaren Erscheinungsformen einer „nur" sozialen Kontrolle, die aber – wie das Beispiel der *political correctness* zeigen wird – in ihrer Sanktionsintensität besonders gnadenlos sein können.

Dies bedeutet aber nicht, dass wir nun verschiedene Typen von Normenordnungen noch einmal unter dem Gesichtspunkt durchgehen wollen, welche Art von Normdurchsetzungsregimen sie entwickelt haben, um auf diese Weise zu mehr oder weniger überzeugenden Zuordnungen zu gelangen – etwa nach dem Strickmuster

- staatliches Recht – staatliche Justiz
- customary law – customary courts
- Kirchenrecht – kirchliches Gerichts- und Bußsystem

oder wie auch immer; diese an sich ganz plausible Vorgehensweise (zur Gegenüberstellung von verschiedenen Staatstypen und verschiedenen Regelungstypen siehe Schuppert 2001) scheint uns allzu sehr der Versuchung nachzugeben, die *World of Rules* säuberlich in solche verschiedenen Paarungen einzuteilen, ohne sie in ihrem jeweiligen spezifischen gesellschaftlichen und politischen Kontext zu stellen – wie etwa den Zusammenhang von Normdurchsetzung und funktionaler Differenzierung oder von Normdurchsetzung als Erscheinungsform institutionalisierter Sozialdisziplinierung. Diese funktionalen Zusam-

menhänge aber interessieren uns besonders und erklären den Aufbau dieses Kapitels, das versuchen will, an verschiedenen Beispielen das Thema „Normdurchsetzung im Kontext“ zu entfalten.

B. Rechtsgewährleistung und Rechtsdurchsetzung als Herrschaftsbefugnis

Die Wirkungen von Recht für die Entwicklung einer Gemeinschaft sind vielfältig: Es findet sich – wie Carl Schmitt beredt ausgeführt hat (1923/2008) – gleichermaßen auf Seiten der Revolutionäre, die unter Berufung auf die unverbrüchlichen Menschenrechte Thron und Altar erzittern lassen, wie auf der Seite der Verteidiger einer bestehenden sozialen Ordnung. Letzteren dient es insbesondere in einer Funktion, die wir als *Transformationsfunktion* bezeichnen wollen. Recht – so haben wir in unserer Staatswissenschaft näher dargestellt (Schuppert 2003b) – *transformiert Macht in Herrschaft*: Indem es pure Macht rechtlich begründet und gleichzeitig kanalisiert, wird Machtausübung zur Ausübung von Herrschaft und die Bewährung und Gewährleistung des Rechts zugleich zu einer zentralen Herrschaftsfunktion.

Da wir zu diesem Zusammenhang von Herrschaftslegitimation durch Recht und Rechtsgewährleistung als Herrschaftsfunktion uns nicht selbst zitieren wollen, wollen wir es Benno Zabel überlassen, diesen inneren Zusammenhang zu formulieren, was er mit beeindruckender Knappheit wie folgt getan hat:

> „Die Genese des Rechtsgewährleistungsparadigmas verweist […] auf das zentrale Junktim von Sicherheitsleistung und Herrschaftslegitimation. In den ‚Geburtswehen‘ des neuzeitlichen Strafrechts spielt es eine herausragende Rolle. Denn mit den entsprechenden leges oder Sanktionsmustern und der – gleichsam inszenierten – Gerichtsöffentlichkeit werden Institutionen und Rituale, d. h. Stabilisierungsfaktoren geschaffen, die überhaupt an ein dauerhaftes, wenngleich protostaatliches Garantie- und Friedensverhältnis denken lassen. Insofern kann auch von Basisstrukturen hoheitlicher Macht oder von einem eigenständigen ‚Modus des Rechtlichen‘ gesprochen werden.“ (Zabel 2012, S. 24)

Die Wahrnehmung der Aufgabe der Rechtsgewährleistung – vor allem durch Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit – fiel in historischer Perspektive vor allem den in ihrem jeweiligen Bereich als Herrschaftsmonopolisten agierenden Governance-Kollektiven Staat und Kirche zu:

> „Genese und Wandel der Rechtsgewährleistungsformen waren […] eng mit der Ausbildung und Transformation von Herrschaftsmonopolisten, konkret, von Reich und Kirche, verbunden. Der Herrschaftsmonopolist *par excellence* ist, spätestens seit dem Westfälischen Frieden von 1648, der (säkulare) Staat als ordnungs- und sinnstiftende Funktionseinheit. Mit der Evolutionsgeschichte des Staates verbindet sich immer auch eine durchaus wechselvolle und bis heute kontroverse Souveränitätsgeschichte. Es darf hier daran erinnert werden, dass Bodins *De republica libri six* mit dem zentralen Gedanken beginnt ‚Respublica est familiarum rerumque inter ipsas communium summa potestate ac moderata multitudo‘ [Die Republik/der Staat besteht aus einer Vielzahl von Familien mit den ihnen gemeinsa-

> men Dingen, die mit höchster Gewalt und Mäßigung geleitet werden, G. F. S.]. Souveränität und Herrschaft zielen, das ist die bemerkenswerte Aussage, auf ein Rationalitätsniveau, vor allem auf einen *Rationalitätsgewinn*, der, jenseits partikularer, moralischer wie religiöser Interessen, *Frieden und Schutz garantiert*. Im Zuge der weiteren Entwicklung hat sich das Aufgabenfeld des Leviathan verändert und erweitert. Die ordnende Macht wurde abwechselnd oder gleichzeitig zum Wohlfahrt-, Rechts-, Gewährleistungs- oder Sozialstaat. […] Konstant geblieben ist freilich der Anspruch, nämlich die Herrschaft, ob mit oder ohne Gewaltengliederung, in einer institutionell verfassten Funktionseinheit zu *bündeln*." (Zabel 2012, S. 151)

Von diesen Überlegungen ist es kein weiter Weg zu der sich geradezu aufdrängenden Folgerung, dass ein beobachtbarer *Wandel von Staatlichkeit* sich auch in einem Wandel der Erscheinungsformen der Rechtsgewährleistung niederschlagen müsste. Zabel spricht deshalb – wie wir meinen – zu Recht von einem *Strukturwandel der Rechtsgewährleistung*, ein Wandel, der trotz der Tatsache, dass der Staat nach wie vor die dominante Herrschaftsinstanz sei, nicht übersehen werden dürfe; seine diesbezüglichen Überlegungen halten wir schon deshalb für zitierenswert, weil mit ihnen einmal die Governance-Perspektive ins Spiel gebracht wird – *Rechtsgewährleistung als Governance-Problem* – zum anderen auf die zentrale Bedeutung der *Selbstdisziplinierung von Governance-Kollektiven* hingewiesen wird:

> „[…] Governancemodelle und -strategien, also kooperative Formen der Handlungs-, Gewährleistungs- und Konfliktkoordination [spielen] sowohl in politischen als auch in rechtlichen Kontexten eine wichtige Rolle. Mit Blick auf den *Strukturwandel der Rechtsgewährleistung* soll dieser Aspekt noch etwas genauer ausgeleuchtet werden. Governancestrategien schließen zuallererst an dem Steuerungsentlastungs- und Informalisierungsbedarf moderner Ordnungs- und Kriminalpolitik an. Im Gegensatz zu einem hierarchisch-vertikalen Ordnungsregime betonen sie den horizontalen, das heißt den Verhandlungscharakter gesellschaftlicher Interaktion und Interessenkommunikation. Ursprünglich im trans- bzw. internationalen Bereich als global oder good governance entwickelt, hat sich Governance inzwischen auch in innerstaatlichen Regelungskontexten fest etabliert [zum Verhältnis von trans- bzw. internationalen zu innerstaatlichen Governance-Konzepten Behrens 2004, S. 93 ff.; zu den Informalisierungstendenzen Schuppert 2011b, S. 27 ff.]. Im Zentrum steht hier, nach dem heutigen Verständnis, die Aufrechterhaltung, Wiederherstellung und Koordination des politischen, ökonomischen, aber auch des institutionellen und rechtlichen Gleichgewichts durch die Aktivierung nicht-staatlicher oder eben ‚semi-staatlicher' Akteure. Das betrifft dann, gesamtgesellschaftlich gesehen, Fragen der sozialen Subsistenzsicherung, der Wirtschaftsförderung, des Kultur-, Bildungs- und Wissenschaftsmanagements. Ziel ist die *Selbstregulierung ganzer Gesellschaftsbereiche*, entweder durch Kooperation untereinander oder mit staatlichen Behörden. Letzteres führt nicht nur zur staatlichen Aufgabenentlastung – als unmittelbarem Ziel –, sondern darüber hinaus zu *verschiedenen Formen der Selbst- und Fremddisziplinierung* der beteiligten Parteien." (Zabel 2012, S. 155 f.)

Nach diesen Vorüberlegungen wollen wir uns nunmehr einige Varianten des Zusammenhangs von Herrschaftsausübung und Rechtsgewährleistung beziehungsweise -durchsetzung zuwenden.

I. Rechtsgewährleistung und Richteramt als Aufgabe göttlicher beziehungsweise religiöser Herrschaftsausübung

1. Gott als Richter

In seiner kunsthistorischen Darstellung in dem Kapitel „Gott als Richter" beginnt Wolfgang Schild mit dem Hinweis, dass sich im christlichen Glauben Gott schon immer auch als Richter vorgestellt wurde:

> „Einer der zentralen Inhalte des christlichen Glaubensbekenntnisses betrifft die Vorstellung von Gott als Richter: ‚Von dort her wird er kommen, zu richten die Lebenden und die Toten'; ‚er', das ist der zur Rechten des Vaters sitzende Christus, der Mensch gewordene Gott-Sohn, dem Gott-Vater nach Joh. 5,22 das Gericht ganz übertragen hat, ‚damit alle den Sohn ehren, wie sie den Vater ehren'; ‚er hat ihm Vollmacht gegeben, Gericht zu halten, weil er der Menschensohn ist' (Joh. 5,27). Und weiter heißt es in den Worten des johanneischen Jesus Christus: ‚Von mir selbst aus kann ich nichts tun; ich richte, wie ich es (vom Vater) höre, und mein Gericht ist gerecht, weil es mir nicht um meinen Willen geht, sondern um den Willen dessen, der mich gesandt hat' (Joh. 5,30). Das Gericht liegt damit auch im Willen des Vaters. Noch mehr: die Christen haben auch Gott-Vater selbst als Richter angesehen." (Schild 1988, S. 44)

Wenn man sich dieser faszinierenden, bilderreichen Lektüre weiter anvertraut, wird man Zeuge von unzähligen Darstellungen von Gottvater beziehungsweise Christus als Richter und vom Geschehen am Tage des „Jüngsten Gerichts". Die in all diesen Abbildungen immer mehr hervortretende Zentrierung des Geschehens am Jüngsten Gericht auf den richtenden Christus hänge auch – so die These Schilds – mit der *Entwicklung des Rechts* zusammen, und zwar in der folgenden Art und Weise:

> „Immer schon hatten die Theologen das Jüngste Gericht mit dem Rechtsprozeß vor dem irdischen Gericht verglichen, man denke nur an Tertullian († 160) und Johannes Chrysostomos († 407). Doch war dieser forensische Aspekt hinter den Gedanken des Herrschers Christi zurückgetreten! Nun aber wurde die Parallele von Jüngstem Gericht und irdischem Gericht bewußt und ausgesprochen. In der zwischen 1330 und 1386 entstandenen Glosse zum sächsischen Weichbildrecht schrieb der Verfasser: ‚Wo der Richter mit Urteilen richtet, an derselben Stätte und in derselben Stunde sitzet Gott in seinem göttlichen Gerichte über dem Richter und über den Schöffen, und darum sollte ein jeglicher Richter in dem Rathause malen lassen das strenge Gericht unseres Herrn'. […]
>
> Mit der Veränderung des Prozeßrechts auf die allmähliche Vereinigung der Aufgaben von Richter und Urteiler, wodurch der Richter eine immer aktivere Rolle zu übernehmen hatte, mußte sich auch die Vorstellung von Christus als Jüngstem Richter verändern; er mußte zu dem werden, was er eigentlich schon immer war: nämlich der aktive Herr des Gerichts, hinter den auch die nach Matth. 19,28 eingesetzten Apostel als (Mit)Richter zurücktreten mußten"

Das Jüngste Gericht selbst folgt wie jedes irdische einer ausgefeilten Prozessordnung:

> „Zeugen brauchen nicht vernommen zu werden, da das Buch des Lebens vorgelesen wird usw. Der Urteilsakt selbst wird differenziert: kein Gericht findet statt über Maria, Johannes den Täufer, über die Apostel und Märtyrer (Apok. 20,4), auch nicht über die Heiligen (und die heiligen Herrscher); ebenso werden die Juden, Heiden (darunter auch die alten Götter der Griechen und Römer), Sarazenen, Ägypter, auch z. B. Nero, nicht eigens verurteilt: sie sind von Anfang an gerichtet, wie auch Luzi-

> fer und die gefallenen Engel. Nur die sündhaften Christen haben sich dem Urteilsspruch zu stellen, der gerne durch die Wägung der Taten geschildert wird. Die sich daran anschließende Scheidung der Geretteten und der Verdammten nach rechts und links wird dramatisch ausagiert, vor allem die Höllenstrafen zur Abschreckung und Mahnung plastisch auf der Bühne in Szene gesetzt." (Schild 1988, S. 70 ff.)

Nach dieser Darstellung des göttlichen Gerichts wollen wir „eine Etage tiefer" steigen und uns dem Kirchenrecht zuwenden.

2. *Utrumque ius in utroque foro:* Normenpluralismus im Spiegel seiner je spezifischen Jurisdiktionskultur

a) *Zur Dualität von weltlicher und geistlicher Jurisdiktionskultur*

Die das gesamte Mittelalter durchziehende Dualität einer weltlichen und einer geistlichen (kirchlichen) Rechtsordnung interessiert uns an dieser Stelle als eine *Dualität von Jurisdiktionsgemeinschaften mit einer je spezifischen Jurisdiktionskultur*. Diese Dualität der Jurisdiktionsgemeinschaften zeigt sich vor allem in zwei Punkten: einmal dem Dualismus von Strafe und Buße und zum anderen in einem Dualismus von Justizverwaltung und Bußverwaltung.

- Was zunächst den *Dualismus von Strafe und Buße* angeht, so finden wir dazu in der *Geschichte der Gerechtigkeit* von Paolo Prodi die folgende anschauliche Zusammenfassung:

  > „Viele römisch-germanische Völker führen in ihr eigenes weltliches Strafrecht die Normen der Zehn Gebote ein. Auf der einen Seite bemüht sich die weltliche Rechtsprechung, die Handlungsfähigkeit des Einzelnen zu garantieren, um Genugtuung für die erlittenen Verletzungen zu erhalten, und zwar mit legalen Mitteln, von der Fehde, der legalen Rache, bis zu den unterschiedlichsten Wiedergutmachungen und finanziellen Bußen wie dem Wergeld – es geht also um die Wiederherstellung des Gleichgewichts in den in Frage gestellten menschlichen Beziehungen. Es gibt keine vom Himmel gefallene übergeordnete Gerechtigkeit, und der Staat beschränkt sich in gewisser Weise darauf, das Verfahren der Sühne zu regeln und die Wiedergutmachungen zu ‚quantifizieren'. Auf der anderen Seite versucht die Institution Kirche in derselben Weise, die Beziehung des Menschen zu Gott auf dieser Erde zu regeln. Dabei setzt sie sich nicht an die Stelle des göttlichen Urteils, sondern interveniert beim sichtbaren Teil der Sünde so, daß der Mensch zum wahren und einzigen Urteil über eine andere, innere Buchhaltung gelangt, in welcher die Sünde durch die Bußhandlungen bilanziert wird, durch das Beten, das Fasten, die Almosen oder andere Handlungen, die von der Kirche als gleichwertig angesehen und auferlegt worden sind. In diese Richtung bewegt sich einer der großen Väter des europäischen Frühmittelalters, Beda der Große: Die Buße löscht das Vergehen nichts aus, doch während das Geständnis vor dem Richter zur Strafe führt, führt das Geständnis vor Gott zur Vergebung." (Prodi 2003, S. 38)

- Dieser Sanktionsdualismus findet seine institutionelle Entsprechung in einem Dualismus von Justizverwaltungs- und Bußverwaltung, den uns Prodi wie folgt näher erläutert:

„Die Tatsache, daß sich das kanonische Recht als Ordnung behauptet, bewirkt, daß das römische Denken sich verspätet und aus einer Verteidigungsposition heraus entwickelt, in enger Symbiose mit der kaiserlichen Ideologie der Trennung und Autonomie der weltlich-kaiserlichen Macht von der geistlichen des Papstes. In diesem Sinne müssen die berühmten Glossen ‚Sacerdotes' und ‚Cuique' des Accursius zu Beginn der Digesten gedeutet werden, in denen der Jurist mit dem Priester verglichen wird: Wie der Priester die heiligen Dinge verwaltet (‚sacra'), so verwaltet der Jurist die Gesetze, die ‚sacratissimae' sind. Auf diese feierliche Behauptung haben die Gelehrten zu Recht ihr Augenmerk gerichtet. Doch hier interessiert vor allem, daß Accursius im selben Stück einen weitaus endgültigeren Vergleich anstellt, nämlich zwischen der Justizverwaltung und der Bußverwaltung als zwei verschiedenen und parallelen Anwendungen des Rechts, das Ulpian als ‚suum cuique tribuere' definierte. Es scheint hier keine Konkurrenz zwischen zwei Ordnungen zu geben, sondern einen Unterschied der Ebenen, eine Justiz, die zwischen Gott und den Menschen ausgespannt ist. In den nachfolgenden Überlegungen der Glossatoren und Kommentatoren jedoch erscheint das Problem als ein gänzlich anderes: Die Konkurrenz – bei gemeinsamem Verweis auf das Natur- und das göttliche Recht – besteht zwischen zwei konkreten Institutionen, dem Papsttum und dem Reich; beide sind mit gleicher Macht im Hinblick auf das Forum ausgestattet und unterscheiden sich nur in ihren Kompetenzen. Das kanonische Recht ist in jeder Hinsicht Gesetz, in geistlicher und weltlicher, es gilt auf den Gebieten der Kirche; auf dem Territorium des Reiches gelten die weltlichen Gesetze, doch es ist vermehrt das kanonische Recht, das die Oberhand hat, wenn es sich um de peccato handelt, und es ist einzig die Kirche, die hierüber urteilt." (Prodi 2003, S. 90)

b) Normdurchsetzung durch ein „tarifiertes" Bußsystem: Der Priester als Richter

Auch zu dieser *Gerichtsfunktion der Buße* und der Rolle des Priesters als Richter versorgt uns Paolo Prodi mit den relevanten Informationen, mit deren Wiedergabe wir diesen Gliederungspunkt der Normsetzung als religiöser Herrschaftsausübung denn auch abschließen wollen:

„In dem Traktat De vera et falsa poenitentia, der um die Mitte des 11. Jahrhunderts verfaßt wurde und dem hl. Augustinus zugeschrieben wird (ein Text, der auch im gesamten folgenden Jahrhundert ein großes Echo fand), ist die Beichte selbst, die man gegenüber dem Priester ablegt, das Erröten beim Aufzählen der eigenen Sünden vor dem Vertreter Gottes, bereits das zu vollbringende Bußwerk. Der Priester ist daher der Richter der das Wissen und die Fähigkeiten besitzen muß, gegen denjenigen zu ermitteln, der vor seinem Gericht steht, er muß fähig sein, nach den erschwerenden oder mildernden Umständen der Sünde zu fragen und sie zu bewerten sowie die Sünden hervortreten zu lassen, die der Sünder vor sich selbst versteckt. Die Absolution, der Erlaß der Sünden geht der Buße voraus, die sofort auf die Beichte folgt, und sie ist ein endgültiger Urteilsspruch: Sie ist nicht mehr wie zuvor bestimmt vom Durchlaufen eines langen Bußwegs; auch die Formel der Absolution selbst entwickelt sich aus den vorhergehenden und unterschiedlichen Formulierungen, die das göttliche Eingreifen beim Vergeben erbaten, hin zur Sprache des juristischen Urteils: ‚ego te absolvo …' Die Buße, im traditionellen Sinne verstanden als Sühne, wirkt nunmehr fast wie ein Anhängsel, sie bleibt Bedingung, aber nicht Notwendigkeit für einen juristischen Akt, der in sich selbst für gültig gehalten wird, bevor die Buße noch geleistet worden ist. Was einstmals die feierliche Bußprozedur war und lediglich den öffentlichen straffähigen Sünden vorbehalten war, dehnt sich jetzt, in vereinfachter und gemilderter Form, auf die gesamte Sphäre der Sünde, d. h. auch auf die minderen und privaten Sünden aus." (Prodi 2003, S. 57 f.)

Nunmehr wollen wir aber den religiös-kirchlichen Bereich verlassen und uns dem Bereich des weltlichen Rechts zuwenden.

II. Rechtsdurchsetzung als Staatsaufgabe: Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege

Dass die Durchsetzung des Rechts als eine ständige Forderung des Rechtsstaates verstanden werden kann, darüber hatte uns schon die Habilitationsschrift von Markus Möstl (2002, S. 65 f.) eindringlich hingewiesen. Die schärfste Waffe der Rechtsdurchsetzung ist nun unbestritten das Strafrecht, so dass es ein naheliegender Folgegedanke ist, *den Rechtsstaat auch zum Einsatz des Strafrechts als Rechtsdurchsetzungsinstrument als verpflichtet anzusehen.* Mit großer Wucht ist diese Konsequenz von Herbert Landau, Richter des Bundesverfassungsgerichts, formuliert worden, und zwar in seinem Beitrag mit dem programmatischen Titel „Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege" (Landau 2007).

Interessant an diesem Beitrag ist zunächst, dass er das Gebot zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in das *Gesamtsystem sozialer Kontrolle* einbettet, ein Kontext, auf den wir wenig später unter dem Gesichtspunkt der *Sozialdisziplinierung* noch einmal zurückkommen werden; Peter Landau formuliert diesen Zusammenhang wie folgt:

> „Funktionstüchtige Strafrechtspflege ist […] für jedes geordnete Staatswesen conditio sine qua non, ebenso wie eine geordnete Zivilrechtspflege Grundlage wirtschaftlicher Ordnung ist. Dies liegt auf der Hand, ist insofern genauso wenig erklärungsbedürftig, wie jeder Staat nicht nur Staatswillen bildet, sondern Staatsgewalt ausüben muss, will er nicht zulassen, dass sich Naturzustände wieder ausbilden. […] Wenn das so ist, liegt das telos [einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, G. F. S.] doch in eher einfachen sozialen Zusammenhängen begründet: Der Notwendigkeit, im Sinne eines umfassenden inneren Rechtsfriedens soziale Kontrolle durch staatliche Organe auszuüben. Strafrechtspflege ist zwar nur ein Teil gesellschaftlicher und sozialer Kontrolle. Entscheidend ist das Gesamtsystem sozialer Kontrolle, das Rechtsfrieden ermöglicht. Ohne Strafrecht kann aber kein Staat bestehen, der Schutz des Zusammenlebens von Menschen in Gemeinschaften ist fundamentale Aufgabe, ja eines der wesentlichen Ziele des Staates überhaupt. Sie ist die Vorbedingung für jedes menschenwürdige Dasein in Freiheit und Sicherheit. Dem Strafrecht kommt deshalb eine herausragende Bedeutung zu, weil sich seine Funktion einsichtiger und offenkundiger im Bewusstsein der Menschen widerspiegelt als die aller anderen Rechtsgebiete, die dieser Einsichtigkeit oft genug entbehren. Im Hinblick auf das Ziel, Sozialverträglichkeit und Rechtsfrieden herzustellen, ist das Strafrecht in den Augen des Volkes das Recht schlichthin." (Landau 2007, S. 124 f.)

Das zweite zentrale Argument, das Landau für die fundamentale Aufgabe des Staates, eine effektive Strafrechtspflege zu gewährleisten, heranzieht, ist die Notwendigkeit, innerhalb des Staates ein sozialethisches Minimum sicherzustellen, und zwar gerade auch im Interesse der Rechtsunterworfenen, die auf die Durchsetzung eines solchen Minimalstandards vertrauen:

> „Da jeder Staat das sozialethische Minimum sichern muss und dies unter den obwaltenden Umständen nur durch das Strafrecht geschehen kann, liegt das Ziel der Strafrechtspflege in der Sicherung der Akzeptanz dieser sozialethischen Standards. Das Strafrecht sichert die Unverbrüchlichkeit dieser Ordnung, d. h. es zielt auf einen objektiven Zustand der Befriedung und Wahrung der Rechtsgüter des Einzelnen und des Staates. Aber ebenso und in gleicher Gewichtigkeit zielt es auf die subjektive Gewissheit des Rechtsunterworfenen, dass diese objektive Ordnung von den Mitgliedern der Gemein-

> schaft eingehalten wird. Es ist also ein soziopsychologischer Zustand der Gewissheit über die Unverbrüchlichkeit der anerkannten ethischen Minima, den die Strafrechtspflege jeden staatlichen Verbundes als Endziel anstrebt. Nach aller Erfahrung kann dies nur durch Androhung und Anwendung von staatlichem Zwang geschehen, der deshalb auch im Mittelpunkt der Methoden des Strafrechts selbst steht. Die Einsicht, dass nur der Staat mit dem schärfsten Machtmittel, das einem staatlichen Gemeinwesen zur Verfügung steht, nämlich der öffentlichen Strafe, Verstöße gegen diese Ordnung ahnden kann, ist allgemeingültig. Diese kulturhistorisch über Jahrhunderte entwickelte Konzeption ist nach wie vor unangefochten. Die Einsicht, dass die Freiheitsgewährleistungen, die im Rechtsstaat an die Verwirklichung dieses Zieles angeknüpft werden, Spezifika sind, hierarchisch abgeleitete Zwecke und in Verfahrensbestimmungen eingegossene methodische Anweisungen, erschließt sich nur, wenn man an diese einfachen Bedingungszusammenhänge anknüpft. Auch hier gilt der Satz, dass wir unsere Freiheit den Schranken der Freiheit, die aus der Notwendigkeit staatlichen Strafens folgen, zu verdanken haben. Akzeptiert man diese Bedingungszusammenhänge, so erschließt sich daraus, dass es sich bei dem Topos der funktionstüchtigen Strafrechtspflege um eine vorgelagerte Pflicht des Staates – unabhängig von seiner konkreten Verfasstheit – handeln muss und dass er schon deshalb kein Gegeninteresse bei der Abwägung mit Individualinteressen und Grundrechtsverbürgungen oder einen Teilaspekt der Pflicht zur Justizgewährleistung darstellen kann.“ (Landau 2007, S. 126)

Wir teilen diese „fundamentaltheologische Position“ so nicht, wollen sie hier jedoch zunächst nicht kommentieren und als – wahrscheinlich – herrschende Meinung stehen lassen. Im Verlaufe des Kapitels werden wir noch ausführlicher zu Mechanismen sozialer Kontrolle als mit dem Rechtsstaat vereinbarer Teil eines ausdifferenzierten, „weiten“ Rechtsbegriffes kommen.

III. Gerichtsherrschaft als Bestandteil von Grundherrschaft: Zwei Beispiele

Die Ausübung von Gerichtsbarkeit wurde bis zur Durchsetzung des staatlichen Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsmonopols nach allgemeiner Auffassung als eine Teilfunktion der Grundherrschaft angesehen, wie wir an zwei Beispielen verdeutlichen wollen.

1. Das Beispiel der englischen Friedensrichter

Eine interessante Konstruktion stellen – gerade unter dem Gesichtspunkt der regulierten Selbstregulierung – die englischen Friedensrichter dar, die der sozialen Schicht der Grundbesitzer entstammten und von der Krone mit jährlich erneuerten Jurisdiktionsbefugnissen betraut wurde. Ronald G. Asch schildert ihr Wirken anschaulich wie folgt:

> „In England gelang es der Krone, den Adel selbst für die Aufgabe der lokalen Friedenswahrung zu gewinnen, obwohl auch hier die Neigung, Konflikte gewaltsam, etwa in sogenannten ‚poaching wars‘, auszutragen, im 16. Jahrhundert durchaus noch anhielt. Die entsprechenden Funktionen lagen in den Grafschaften vor allem in der Hand der gentry, die die Mitglieder der sogenannten commission of peace stellte. Schon seit dem 14. Jahrhundert hatte der König in den Grafschaften eine kleine Zahl von lokalen Grundbesitzern mit der Ahndung von Vergehen jeder Art beauftragt, indem er ihnen durch eine jährlich erneuerte Kommission Jurisdiktionsbefugnisse übertrug. Die Mitglieder dieser Kommission wurden als Justices of the Peace bezeichnet. Im 16. und 17. Jahrhundert nahm nicht nur die Zahl dieser königlichen Kommissare zu (waren es im späten Mittelalter oft nur 12 oder

15 in jeder Grafschaft gewesen, so waren nun 40 bis 50 und später nach 1600 zum Teil bis zu 100 oder mehr), sondern auch ihre Kompetenzen. Faktisch waren sie für die Durchsetzung aller Gesetze zuständig, vergaben Schanklizenzen für Gasthäuser, kümmerten sich um die Armenfürsorge, achteten darauf, daß Straßen und Brücken nicht verfielen, setzten die Höhe von Löhnen und gelegentlich auch von Preisen für Lebensmittel fest, schlichteten Streitigkeiten und bestraften alle strafrechtlich relevanten kleineren Vergehen. Schließlich waren sie seit der Reformation auch für die Verfolgung von Katholiken zuständig oder mitzuständig. Die Krone konnte freilich nur solche Personen zu Friedensrichtern ernennen, die in ihrer Grafschaft dank ihres Reichtums, ihrer Herkunft – dieser Faktor spielte im 16. Jahrhundert durchaus noch eine Rolle – und ganz allgemein dank ihres Ansehens über genügend natürliche Autorität verfügten. Umgekehrt konnte ein Fehlverhalten als Friedensrichter auch zum Ausschluß aus der Kommission führen. Dies stellte zwangsläufig einen sozialen Makel dar und gefährdete das Ansehen der betroffenen Familie, namentlich dann, wenn ihre Stellung innerhalb der gentry, etwa weil es sich um Aufsteiger handelte, nicht ganz unumstritten war.“ (Asch 2008, S. 243 f.)

2. Das Beispiel der Gutsherrschaft

a) *Die Gutsherrschaft als Herrschaftstypus*

Die sogenannte Gutsherrschaft stellt seit dem 15. Jahrhundert in Europa einen durchaus eigenständigen Herrschaftstypus dar (Peters 1995), ja man kann sogar von *Gutsherrengesellschaften* sprechen (vgl. dazu die Beiträge in Peters 1997). Für eine erste Information empfiehlt sich ein Blick auf die nachstehende Info-Box, die wir dem Buch von Monika Wienfort über den Adel in der Moderne entnommen haben (Wienfort 2006, S. 63):

„Grundherrschaft und Gutsherrschaft

Die Grundherrschaft ist als Begriff erst seit dem 15. Jahrhundert nachgewiesen, existierte aber seit dem frühen Mittelalter. Sie bestand in der Verbindung von Landbesitz mit (adligen) Herrenrechten. In der Rentengrundherrschaft bezogen sich die Verpflichtungen der Bauern und ländlichen Einwohner auf die Zahlung von (Geld-)Abgaben.

In der Gutsherrschaft fielen Grundherrschaft und Gerichtsherrschaft zusammen. Der Gutsherr bewirtschaftete einen großen Eigenbetrieb. Die Freizügigkeit der Landbewohner war in der Frühen Neuzeit vielerorts durch Erbuntertänigkeit eingeschränkt. Im Alltag machte sich die Gutsherrschaft vor allem als eine erhöhte Dienst- und Abgabenverpflichtung gegenüber nur einem Herrn bemerkbar.“

Da man grundrechtliche Gerichtsbarkeit nur aus ihrem sozialen Kontext der Gutherrschaft heraus angemessen verstehen kann, wollen wir noch einen kurzen Blick auf *die Gutsherrschaft als ein durch kommunikative Interaktionen gekennzeichnetes Ensemble* (Begriff bei Wunder 1997, S. 227) werfen, wobei die Gerichtsherrschaft eben nur einen Teil dieses Ensembles darstellt.

Wie man sich die *Herrschaftsordnung eines Gutes* vorzustellen hat, wird sehr schön deutlich, wenn wir einen Blick auf die Gutsherrschaft der Dohnas werfen, über die Heide

Wunder anschaulich berichtet (1997). Was zunächst das *Herrschaftsverständnis* dieser preußischen Adelsfamilie angeht, so weiß sie zu seiner christlichen Fundierung folgendes zu berichten:

> „Dagegen ist das Herrschaftsverständnis von Peters kalvinistischen Enkeln, den Brüdern Friedrich, Abraham, Fabian, Achatius und Christoph, im ‚Ewigen Testament' von l62l erhalten. Sie formulierten eine ‚Verfassung', nach welcher sich die Kinder und Nachkommen ‚künftig und zu ewigen Zeiten sollen zu richten haben'. lm Hinblick auf das Verhältnis zu den Untertanen wurde programmatisch festgelegt:
>
> ‚Ist auch dieses unser ernstlicher Wille, daß unsere künftige Nachkommen ihre Unterthanen und Diener nicht tyrannisch; sondern christlich und mäßig behandeln, denn sie müssen gedenken, daß Christus unser Herr und Seeligmacher für den geringsten armen Mann, sowohl sein heiliges Blut vergossen hat als für die Vornehmen Mächtigen der Welt. Derowegen sie dann nach unserm Beispiel mit einem leidlichen mäßigen Zins sollen zufrieden seyn, und auch ihrer und ihres Viehes Leibes Arbeit, also genießen, damit die armen leute selber ihr Brod und Nahrung dabei haben mögen. Denn wo die Unterthanen zu Grunde gehen ist der Herr auch verdorben. Wenn sie nun weder mit harten Diensten beleget noch mit schweren Strafen ausgesogen werden; so werden sie gedeihen, und dergestalt werden die armen Leute fleißig für die Obrikeit beten, so wird Gott seinen Seegen vom Himmel auf beide legen, daß ihnen beiden wird Wohlseyn, denn die Thränen der Armen erregten Gottes gerechte Strafe, dafür sich unsere lieben Nachkommen hüten mögen, so lieb ihnen ihre zeitliche und ewige Wohlfarth ist.'" (Wunder 1997, S. 229 f.)

Dieses *Herrschaftsverständnis war durchaus landesherrlicher Natur* und äußerte sich beispielsweise darin, dass den Dohnas daran gelegen war, in ihrem Herrschaftsbereich eine einheitliche Regelung der dörflichen Verhältnisse zu erlassen und durchzusetzen:

> „Zeigt schon das dargelegte Herrschaftsverständnis der Dohnas einen durchaus landesherrlichen Habitus, so verstärkt sich dieser Eindruck im Blick auf die konkreten Herrschaftsordnungen, die sie ebenfalls 1624 erstellten. Mit der Willkür für alle Dörfer ihrer Herrschaft gelang den Grafen Dohna, was die herzogliche Verwaltung im 16. Jahrhundert vergeblich angestrebt hatte, nämlich eine einheitliche Regelung der dörflichen Verhältnisse durch eine ‚allgemeine', d. h. gleichlautende Dorfordnung, die auch den Brandschutz, die Wald- und Holznutzung sowie Bestimmungen zum Feiern von Verlobungen, Hochzeiten und Kindtaufen einschloß. Diese Dorfwillkür hatte also den umfassenden Anspruch, ‚gute Policey' zu garantieren. Eine solche normative Vereinheitlichung der lokalen Verhältnisse lag sicher im Interesse einer rationellen Güterverwaltung, gleichwohl geht ein großer Teil der inhaltlichen Bestimmungen auf gemeindliche Willküren der Ordenszeit zurück, so daß die Willkür nicht nur als herrschaftliches Dokument zu lesen ist. Sie schreibt vielmehr in zentralen Teilen die bäuerliche Beteiligung an lokaler Herrschaft fest und ist damit Ausdruck einer Herrschaftsform, an der die in der Gemeinde organisierten Bauern beteiligt waren. Wie dies im einzelnen ablief, läßt sich nicht nur ‚ex negativo' aus gerichtlichen Konfliktregelungen ermitteln. Die Serie von Willkürrechnungen des 17. und 18. Jahrhunderts, die die Termine des Verlesens der Willkür, die Tätigkeit des Schulzen und der Ratleute, die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinde verzeichnen sowie manche Notizen zu Vorfällen in der Gemeinde enthalten, zeugt für eine eigene gemeindliche Praxis und das Eigenleben der Gemeinde.
>
> Weitere Aufschlüsse über die Bedeutung der gemeindlichen Mitwirkung an der ‚öffentlichen Ordnung' in der Gutsherrschaft gibt die Gerichtsordnung für das gemeinsame Gericht der Dohnas in Deutschendorf. Sie liegt mir zwar erst in einer Fassung von 1710 vor, doch sind die genauen Bestimmungen über die Teilnahme der dörflichen Gerichtspersonen umso wichtiger. Darüber hinaus gibt die Gerichtsordnung weitere Aufschlüsse, die für die Untertanen von Bedeutung waren: Die Amtleute

> sollten sich nicht in die Justiz mischen, sondern sich auf ‚Polizey und Ordnung' beschränken […], d. h. es ging um die Trennung von Justiz und Verwaltung. Auf den Vorwerken allerdings gab es ‚Beigerichte' über die Hausgenossen (Punkt 6). Die Strafgelder, die der Herrschaft hieraus zukamen, sind z. B. in der Jahrrechnung der Gebiete Reichertswalde und Lauck für die Jahre 1710/11 unter dem Titel ‚An Straffen. Außer Gericht erkant' verzeichnet." (Wunder 1997, S. 231 f.)

- Generell muss man sich Gutsherrschaft als ein Ensemble mit verschiedenen Akteuren vorstellen, die jeweils in bestimmten, mehr oder weniger festgelegten Rollen agieren. András Vari hat dafür in seinem Beitrag über Großgrundbesitzer in Ungarn den *Begriff des Herrschaftsspiels* verwendet und dazu Folgendes ausgeführt:

> „Es gab mindestens fünf Teilnehmer des Herrschaftsspiels: die Herrschaften, die Beamten, die Pächter, die reichen bäuerlichen Gemeindemitglieder bzw. Gemeindevorsteher und die Bauern. Unter diesen fünf Teilnehmern des Herrschaftsspiels bedürfen die Gemeindevorsteher und die Pächter einer besonderen Erklärung. Die bedeutende Rolle der ersteren war eine Folge der weitreichenden Autonomie der bäuerlichen Gemeinde während der Wiederaufbauphase in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Die Gemeinden regulierten in eigener Kompetenz den Umbruch der Wüsten Acker und den Bodengebrauch weitgehend gemeinschaftlich und legten darauf aufbauend die Kompetenz des frei gewählten Dorfrichters sehr weit aus. Nach dem Einsetzen der herrschaftlichen Reaktion mußten sie zwar eine Beschneidung der richterlichen Kompetenzen des Dorfgerichts hinnehmen, den Dorfrichter z. B. aus drei durch den Grundherren gestellten Kandidaten auswählen, andere, wesentliche Rechte blieben jedoch unangetastet (z. B. das Recht der freien Wahl der Dorfgeschworenen, das Appellationsrecht zum Komitatsstuhl und zur königlichen Statthalterei). Die Gemeinde wurde vielerorts durch Gemeindeeigentum weiter gestärkt." (Vari 1999, S. 265)

b) Die Jurisdiktionsgewalt als dingliches Recht

Von der juristischen Konstruktion her war nach der Definition im Preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) die sogenannte *Patrimonialgerichtsbarkeit* (grundlegend dazu Wienfort 2001) ein dingliches, an den Besitz von gewissen Gütern gebundenes Recht, mit der Folge, dass die Gerichtsrechte bei einem Verkauf des Gutes mit veräußert wurden. Da allein der Besitz des jeweiligen Gutes maßgeblich war (Besitz wurde synonym für Eigentum verwendet), konnte im Prinzip jedermann Gerichtsherr werden, „es kam eben gerade nicht auf den adligen Stand des Bewerbers an, sondern allein auf die Gegebenheiten des Besitzes" (Wienfort 2001, S. 34); dies änderte aber nichts an der Tatsache, dass in der sozialen Realität die Gerichtsherreneigenschaft dem Adel vorbehalten blieb:

> „Dazu stand nicht in Widerspruch, daß sich die Gerichtsrechte um 1800 faktisch nahezu überall im Besitz von Adligen befanden. Pointiert könnte man zusammenfassen: Die rechtliche Perspektive auf das ‚dingliche Recht' verdeckte die politisch-soziale Einordnung der Patrimonialgerichtsbarkeit als sozial exklusives Privileg. Eine Abhandlung, die 1790 ‚das Recht des landsässigen Adels in Deutschland' zusammentrug, beschrieb die Patrimonialgerichtsbarkeit als ein ‚dingliches Adelsrecht', das allerdings in einem universellen ‚Eigentumsrecht' begründet sei. Gerichtsrechte wurden somit aus verschiedenen und teilweise entgegengesetzten Interessen heraus zu einer Sache des Besitzes." (Wienfort 2001, S. 34)

c) *Die Patrimonialgerichtsbarkeit zwischen Staatssouveränität und Privateigentum*

Inwieweit die traditionelle Patrimonialgerichtsbarkeit reformiert oder gar abgeschafft werden konnte, war nicht nur eine Frage der politischen Kräfteverhältnisse, sondern auch Gegenstand heftiger juristischer Kontroversen (ausführlich dazu Wienfort 2001, S. 134). Während das eine Lager den Charakter der Rechtssprechungsfunktion als staatliches Recht betont, das verliehen, aber dann auch zurückgenommen werden konnte, berief sich der Adel und ein Teil der adligen Reformbürokratie auf das wohlerworbene Eigentumsrecht an Grund und Boden, das seit dem Mittelalter auch das Gerichtsrecht mit umfasse; auf zwei dezidierte Stellungnahmen sei hier ein kurzer Blick geworfen.

Der renommierte Strafrechtler Paul Johann Anselm von Feuerbach war ein entschiedener Gegner der Patrimonialgerichtsbarkeit als adligem Privileg; seiner Meinung nach gehörte die gutsherrliche Gerichtsbarkeit seit der französischen Revolution auf den Scheiterhaufen der Geschichte, eine Auffassung, die er wie folgt formulierte:

> „Derselbe Streich, welcher in Frankreich die Feudalaristokratie vernichtete, traf auch die gutsherrliche Gerichtsbarkeit. Vor dem Gedanken an persönliche Freiheit und Selbständigkeit der Bürger in ihrem wechselseitigen Verhältnisse, vor der Idee einer allgemeinen rechtlichen Gleichheit der Untertanen mußte, so wie Sclaverei, Leibeigenschaft und Erbuntertänigkeit, auch die gutsherrliche Gerichtsbarkeit verschwinden." (hier zitiert nach Wienfort 2001, S. 135)

Die Gegenposition wurde von Carl Ludwig von Haller in seiner programmatisch-konservativen und sehr einflussreichen „Restauration der Staatswissenschaft" vertreten; Monika Wienfort hat eine Argumentation – und damit wollen wir diesen Gliederungspunkt denn auch abschließen – für uns wie folgt zusammengefasst:

> „In Hallers 1817 erschienenem Werk wurde die Gerichtsbarkeit der Grundherren als ‚natürlich' und als ‚kein delegiertes Recht' charakterisiert. Die ‚Erb- und Patrimonialgerichtsbarkeit', dozierte der Staatsrechtler weiter, könne ‚wohl in ihrer Ausdehnung beschränkt, aber nie ganz aufgehoben' werden. Haller sanktionierte damit vorsorglich die Übernahme der Strafgerichtsbarkeit durch den Staat. Die Mehrheit der Gerichtsherren begrüßte einen solchen Plan wegen der Kriminalkosten uneingeschränkt. Die Ansicht der Etatisten und mancher Liberaler, die Gerichtsrechte seien dem Souverän durch einen ‚Gesellschaftsvertrag' übertragen, wurde explizit verworfen. Hallers Lob der Patrimonialgerichtsbarkeit als ‚nah, schnell, wohlfeil', gerecht und unparteilich stilisierte und emotionalisierte die Beziehung zwischen Gerichtsherrn und Gerichtseingesessenen zur ‚Familie', zum Paternalismus par excellence. Sämtliche Autoren, denen im Vormärz an einer Verteidigung der Gerichtsrechte gelegen war, bezogen sich, teilweise mit wörtlichen Übernahmen, auf Hallers ‚Makrobiotik der Patrimonialstaaten'." (Wienfort 2001, S. 137)

C. Rechtsgewährleistung als Bürgerrecht und Bürgerpflicht

Im vorangegangenen Gliederungspunkt ging es ausschließlich um Rechtsgewährleistung und Normdurchsetzung als Herrschaftsbefugnis; wenn man aber – wie dies in diesem Buch durchgängig geschieht – Governance-Kollektive als Regelungskollektive und damit als *Rechtsgemeinschaften* begreift, dann liegt es nahe, nicht nur – in einer *top down*-Perspektive – die herrschaftsausübenden Akteure und ihren „Rechtsstab" (Max Weber) im Auge zu haben, sondern auch einen Blick auf den *Bürger* zu werfen, und zwar nicht nur als Normadressaten, sondern *als Mitglied der jeweiligen Rechtsgemeinschaft*, die ihn nicht nur mit *Grundrechten*, sondern auch *Grundpflichten* ausstattet.
Wenn – wie wir soeben gelernt haben – jede Normenordnung auch eine Normdurchsetzungsdimension hat, dann würde dies für die uns ja primär vor Augen stehende staatliche Rechtsordnung bedeuten, dass auch die *Durchsetzung des Rechts eine staatliche Aufgabe darstellt* (dazu sogleich mehr); konsequenterweise beansprucht daher der moderne Staat nicht nur ein Rechtsetzungs-, sondern auch ein Rechts*durchsetzungs*monopol. Aber davon gibt es – angestoßen durch angelsächsische Vorbilder und Impulse aus der Europäischen Union – zunehmend interessante Ausnahmen, die dazu Anlass geben, über das Verhältnis von staatlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung etwas grundsätzlicher nachzudenken.
Wir haben hier nicht den Raum, diese interessante Perspektive umfassend zu entfalten; deshalb wollen wir uns darauf beschränken, an drei Beispielen die Rolle des Bürgers als *eigenständigen Akteur der Rechtsgewährleistung* in der gebotenen Kürze zu veranschaulichen.

I. Das Beispiel der europarechtlichen Mobilisierung des Bürgers für den Umweltschutz

Es ist seit jeher das gute Recht jeden Bürgers, sich zur Wehr zu setzen, wenn der Staat seine Rechte beschränkt oder gar in rechtswidriger Weise verletzt. Unter Berufung auf die *Verletzung seiner subjektiven Rechte* kann er die Gerichte anrufen, eine Möglichkeit, die im juristischen Fachjargon „Klagebefugnis" heißt und die durch die Verfassungsgarantie eines umfassenden und effektiven Rechtschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) zusätzlich abgesichert ist. Im Europarecht findet sich hierzu eine Entsprechung, die jedoch hinsichtlich der Mobilisierung des Bürgers zur Rechtsdurchsetzung noch wesentlich weiter geht, indem sie teilweise gänzlich auf das Kriterium der individuellen Betroffenheit verzichtet (dazu Masing 1996); der Bürger wird damit quasi als Anwalt des Gemeinwohls und der Rechtsgewährleistung institutionalisiert (vergleiche dazu Schuppert 2004b), und zwar in der folgenden Art und Weise:

Signifikant für die europarechtliche Mobilisierung des Bürgers als Anwalt des Gemeinwohlbelanges Umweltschutz ist die für das deutsche Recht ungewohnte und viel beachtete Richtlinie über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, die sogenannte

Umweltinformationsrichtlinie vom 7. Juni 1990 (ABIEG 1990 Nr. L 158/56), die inzwischen durch das Umweltinformationsgesetz auch innerstaatlich umgesetzt worden ist. Durch die von der Richtlinie statuierten Informationspflichten erhält der interessierte Bürger einen umfassenden Einblick in alle relevanten Umweltdaten, und zwar ohne dass dieses Datenmaterial vorher etwa im Sinne einer behördlichen Öffentlichkeitsarbeit vorsortiert oder bearbeitet worden wäre. Ziel solcher Transparenz ist eine „offene Umweltdiskussion" und eine „starke Beteiligung der Öffentlichkeit am umweltpolitischen Entscheidungsprozess", insbesondere eine „verbesserte Zusammenarbeit mit Umweltverbänden, Nicht-Regierungsorganisationen und sonstigen Beteiligten" (Wirtschafts- und Sozialausschuss 1989). Der freie Zugang zu den Umweltdaten soll „die Beteiligung der Bürger an den Verfahren zur Kontrolle der Umweltverschmutzung und zur Verhütung von Umweltbeeinträchtigung verstärken und [...] damit wirksam zum Erreichen der Ziele der Gemeinschaftsaktion im Bereich des Umweltschutzes [...] beitragen" (Europäische Kommission 1988). Johannes Masing hat das damit verfolgte Konzept wie folgt zusammengefasst:

> „Das damit verfolgte Konzept ist deutlich. Umsetzung und Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Umweltrechts sollen nicht in das Arkanum nationaler Verwaltungsbehörden gehüllt werden können, sondern durch die *Beteiligung wachsamer Bürger* öffentlich gemacht werden. Man will die Verantwortung nicht allein dem staatlichen Exekutivapparat überlassen, sondern die Bürger selbst als Sachwalter der Umwelt mobilisieren. Auch sie sollen auf ihre Umwelt aufpassen. Durch die Öffentlichkeit der Umweltdaten rücken so Bürger und Verwaltung näher zusammen: Nicht nur die Verwaltung wacht, sondern auch der Bürger. Nicht nur die öffentliche Hand überlegt und ergreift Initiativen, sondern auch private Verbände." (Masing 1996, S. 33)

II. Das Beispiel behördlicher oder privatrechtlicher Durchsetzung des Kartellrechts?

Marktwirtschaftliches Handeln ist Handeln unter Wettbewerbsbedingungen. Einen funktionsfähigen Wettbewerb zu erhalten, fällt daher – wie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Existenz des Bundeskartellamts zeigen – nicht nur in den Bereich einer diesbezüglichen staatlichen Gewährleistungsverantwortung, sondern liegt in besonderer Weise den Organen der Europäischen Union am Herzen, setzt doch das Funktionieren eines europäischen Binnenmarktes einen unverzerrten Wettbewerb unter den Teilnehmern dieses Binnenmarktes voraus. Wenn aber darüber nachgedacht wird, welche Instrumente geeignet wären, einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten, liegt der Gedanke nicht fern, auch den einzelnen Marktteilnehmer als Hüter des Wettbewerbs ins Spiel zu bringen und dafür rechtlich auszurüsten. Dies ist die erklärte Strategie der Europäischen Kommission und liegt im Trend, den Wernhard Möschel kritisch wie folgt beschreibt:

> *„Eine Verstärkung des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht entspricht einem internationalen Trend*. Im Jahre 2005 hat der deutsche Gesetzgeber das GWB an die Reformvorgaben des EU-Wettbewerbsrechts aus dem Jahre 2004 angepasst. Ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers war es, die Möglichkeiten pri-

> vaten Rechtsschutzes zu erweitern. Im Dezember 2005 hat die EU-Kommission ein Grünbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vorgelegt. Geschädigten Verbrauchern und Unternehmen soll es leichter gemacht werden, ihre Verluste vom Rechtsverletzer zurückzufordern. Darüber hinaus solle die Anwendung des Wettbewerbsrechts gestärkt werden.“ (Möschel 2007, S. 483)

Der einzelne, sich im konkreten Fall benachteiligt oder geschädigt fühlende Wettbewerber soll also dazu befähigt und ermuntert werden, von sich aus die Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu erzwingen; als Instrumente dazu dienen die Effektuierung von Schadensersatzklagen, vor allem aber die Zulassung sogenannter *Konkurrentenklagen*, die es den Konkurrenten am Markt ermöglichen, zum Beispiel gegen wettbewerbswidrig gezahlte staatliche Beihilfen gerichtlich vorzugehen (zum Beispiel rechtswidriger staatlicher Beihilfen zur Finanzierung von Regionalflughäfen, näher dazu Martin-Ehlers und Strohmayr 2008).

Da wir nun keine Experten im Kartellrecht werden wollen, mögen diese wenigen Bemerkungen genügen, um uns für die generellere Fragestellung zu interessieren, ob die Durchsetzung des Rechts notwendigerweise primär eine staatliche Aufgabe darstellt, oder ob auch das „normalerweise“ den Privatinteressen dienende Privatrecht dazu „berufen“ ist, eine gemeinwohlorientierte Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen beziehungsweise zu erleichtern. Dies ist eine ebenso grundsätzliche wie spannende Frage, der wir uns jetzt zuwenden wollen.

III. Normdurchsetzung durch Privatrecht?

Wie sich staatliche und privatrechtliche Rechtsdurchsetzung zueinander verhalten, ist am Beispiel des Kartellrechts und des Kapitalmarktrechts von Dörte Poelzig (2012) in grundlegender und – wie wir finden – überzeugender Weise untersucht worden. Für sie ist eine Normdurchsetzung durch Privatrecht durchaus systemkonform, weil das von ihr in den Mittelpunkt gerückte Wirtschaftsrecht in Gestalt des Kartell- und Kapitalmarktrechts nicht nur die Aufgabe habe, der Durchsetzung von Privatinteressen zu dienen; es verfolge letztendlich Gemeinwohlziele (zur Bedeutung des Gemeinwohltopos im Wirtschaftsrecht siehe jüngst Eberhard Kempf et al. 2013), da es darum gehe, die *Institution des Marktes* zu ordnen und zu erhalten:

> „Mit der Indienstnahme Privater zur wirksamen Durchsetzung des Wirtschaftsrechts übernimmt das Privatrecht eine der Durchsetzung des objektiven Rechts dienende Funktion im gesamtwirtschaftlichen Allgemeininteresse. Dem Privatrecht wird damit eine eigene Steuerungsfunktion im Interesse des Marktschutzes zugewiesen. […] Nicht die Privatnützigkeit der privatrechtlichen Befugnisse steht dabei im Vordergrund, sondern ihre Gemeinnützigkeit. Das Allgemeininteresse, das privatrechtliche Sanktionen bei der Durchsetzung wirtschaftsrechtlicher Verhaltensnormen verfolgen, reicht damit über das öffentliche Interesse hinaus, das allgemein an der Wahrung der objektiven Rechtsordnung durch die Geltendmachung subjektiver Privatrechte besteht. Das Unbehagen an der Instrumentalisierung des Privatrechts als Steuerungsinstrument im Wirtschaftsrecht speist sich daher vor allem aus dem klassischen Verständnis des Privatrechts als eine Ordnung des eigennützigen Handelns der Pri-

vatrechtssubjekte. Es besteht die Befürchtung, dass die ‚Kollektivierung der Interessenbewertung' im Wirtschaftsrecht die Vorteile der dem Privatrecht eigenen dezentralen Interessenbewertung in dem konkreten Verhältnis der beteiligten Personen beseitigen könne. Könne sich eine Partei auf das Allgemeinwohl berufen und dadurch die eigene Position stärken, würde das Gleichgewicht zwischen den beteiligten Parteien empfindlich gestört. Das Gemeinwohl könne aber durch das Privatrecht bestenfalls als nützlicher Nebeneffekt des Individualschutzes gefördert werden." (Poelzig 2012, S. 29 f.)

Dörte Poelzig sieht die Aufgabenteilung zwischen den beiden Teilrechtsordnungen gänzlich anders; für sie sind öffentlich-rechtliche Durchsetzung und privatrechtliche Durchsetzung *äquivalente Alternativen*, um die Markteilnehmer zur Einhaltung der Marktverhaltensnormen anzuhalten:

„Die Durchsetzung der Marktverhaltensnormen ist das gemeinsame Ziel der öffentlich-rechtlichen Aufsicht und der privatrechtlichen Ansprüche. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Sanktionen sind daher funktionale Alternativen, die auf ein gemeinsames Ziel – Durchsetzung der Marktverhaltensnormen im Allgemeininteresse am *Schutz des Marktes als Institution* – ausgerichtet sind. Öffentliches Recht und Privatrecht unterscheiden sich demnach nicht in ihrem Regelungszweck, sondern in ihren Instrumenten zur Erreichung dieses Regelungszwecks. Die Entscheidung für eine öffentlich-rechtliche und/oder privatrechtliche Normdurchsetzung ist häufig ‚eher eine Zweckmäßigkeitsfrage, als eine Grundsatzfrage'. Ob eine Rechtsordnung privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Durchsetzungsformen wählt, ist daher oft auch historisch geprägt." (Poelzig 2012, S. 566)

Die diese Argumentation tragende Denkfigur ist die auf Eberhard Schmidt-Aßmann und Wolfgang Hoffmann-Riem zurückgehende Konzeptualisierung der beiden Teilrechtsordnungen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts als *„wechselseitige Auffangordnungen"* (Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem 1997). Mit diesem theoretischen Ansatz lässt sich das Verhältnis von staatlicher und privatrechtlicher Normdurchsetzung problemlos als ein *arbeitsteiliges Verhältnis* konzipieren, wie dies von Poelzig in ihrer Zusammenfassung überzeugend getan worden ist:

„Das Privatrecht ist bereits nach geltendem Recht – traditionell im Lauterkeits-, zunehmend aber auch im Kartell- und Kapitalmarktecht – ein zentrales Steuerungsinstrument auf Märkten. Es soll Marktverhaltensnormen zur Durchsetzung verhelfen. Marktverhaltensnormen dienen vorrangig dem Schutz des Marktes als Institution und den Interessen aller Marktteilnehmer an der Funktionsfähigkeit des Marktes. Insoweit ist das Privatrecht als Steuerungsinstrument nicht primär dem Individualschutz, sondern dem Schutz des Marktes als Institution verpflichtet. *Private werden zur Kontrolle des Marktes mit eigenen marktregulierenden Ansprüchen ausgestattet.* Mit der privatrechtlichen Durchsetzung von Marktverhaltensnormen wird also das Recht in die Hände derjenigen gelegt, die als Marktteilnehmer selbst ein eigenes Interesse an der Funktionsfähigkeit des Marktes und damit auch der Einhaltung der Marktverhaltensnormen haben. Allgemein- und Individualinteressen verlaufen insoweit parallel zueinander; rücken näher zusammen. Die gesellschaftliche Gegenkontrolle durch im Interesse des Marktschutzes agierende Verbände und Marktteilnehmer ist Ausdruck einer gesellschaftlichen Sekundärverantwortung – oder zugespitzt formuliert: Auffangverantwortung – für das Gemeinwohl. Das Privatrecht bildet gemeinsam mit dem öffentlichen Recht ein Regelungssystem ‚zur gesamten Hand', das nur im gemeinsamen Zusammenwirken eine wirksame Durchsetzung der Marktverhaltensnormen erreichen und so im Interesse des Gesamten effektiv wirken kann." (Poelzig 2012, S. 593)

IV. Das Beispiel der Rechtsbewährung im Strafrecht – Das Notwehrrecht

Eine der wenigen Ausnahmen, in welchem dem Bürger gesetzlich auch die Anwendung von Gewalt zum Schutze des Rechts zugestanden wird, ist die Notwehr, in Deutschland in § 32 StGB geregelt. Ob mit ihr nur das jeweils angegriffene individuelle Rechtsgut, wie bei einem Raubüberfall das Eigentum und die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen, geschützt werden, oder ob der Angegriffene in seiner Notwehr auch die Rechtsordnung insgesamt verteidigt und damit eine eigentlich ureigene Funktion staatlicher Herrschaft übernimmt, ist umstritten. Das dazu vorhandene Meinungsspektrum hat Johannes Kaspar für uns wie folgt zusammengefasst:

> „Hier stehen sich seit längerer Zeit drei Ansichten gegenüber. Nach einer Mindermeinung, die aber in jüngerer Zeit zunehmend mehr Gefolgschaft findet, ist die ratio von § 32 StGB allein im *Schutz individueller Güter* zu finden. Die insbesondere von Schmidhäuser vertretene Gegenposition sieht die Notwehr demgegenüber allein im *überindividuellen Aspekt der ‚Rechtsbewährung‘* begründet. Die Notwehrhandlung, die sich gegen den rechtswidrig Angreifenden richtet, wird hier allein unter dem Blickwinkel der ‚Verteidigung der Rechtsordnung‘ gesehen, während der damit zugleich bewirkte Schutz individueller Güter als Nebenwirkung und bloßer ‚Reflex‘ der Verteidigungshandlung erscheint.
>
> Gemeinsam ist den beiden bisher genannten Ansätzen, dass sie monistisch sind, d. h. von nur einem einzigen tragenden Grundprinzip der Notwehr ausgehen. *Die herrschende dualistische Ansicht* dagegen kombiniert beide Aspekte: Der Rechtfertigungsgrund des § 32 StGB sei nur dann richtig erfasst, wenn man ihn auf Individualschutz und Rechtsbewährung stütze. […]
>
> Gegen ein rein individuelles Verständnis der Notwehr wird von den Vertretern des dualistischen Ansatzes insbesondere vorgebracht, dass die besondere ‚Schneidigkeit‘ des Notwehrrechts auf diese Weise nicht erklärt werden könne. Das Notwehrrecht des § 32 StGB reicht bekanntlich sehr weit und umfasst nach ganz h. M. ggf. auch das Recht zur Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten, ohne, dass es auf die Verhältnismäßigkeit bzw. ‚Proportionalität‘ von angegriffenem und verteidigtem Gut ankommen soll. Weiterhin wird dem Angegriffenen grundsätzlich weder ein Ausweichen, noch das Herbeiholen fremder Hilfe zugemutet. All dies, so heißt es, sei allein mit dem Schutz der bedrohten Güter nicht zu erklären, sondern werde erst vor dem Hintergrund des Aspekts der ‚Rechtsbewährung‘ verständlich.“ (Kaspar 2013, S. 41 f.)

Der wohl insgesamt vorherrschende dualistische Ansatz mit seiner Betonung des überindividuellen Aspekts der Rechtsbewährung kommt notgedrungen in Schwierigkeiten, wenn es sich um sogenannte *Bagatellfälle* handelt, es also um Gegenstände von offensichtlich geringem Wert geht; die dann gerne gestellt Gretchenfrage lautet, ob der Notwehr Ausübende sich auch in solchen Fällen auf die viel zitierte Formulierung A. F. Berners: „Es wäre Unrecht, wenn das Recht dem Unrecht weichen müßte.“ (Berner 1848, S. 557) guten Gewissens berufen darf; Johannes Kaspar beschreibt dieses Dilemma wie folgt:

> „Diese [die Vertreter des dualistischen Ansatzes, G. F. S.] halten auch hier an der prinzipiellen Härte der zulässigen Verteidigung fest. Da man es in den Bagatellfällen, so wiederum Roxin, nur mit einem ‚geminderten‘ und nicht mit einem völlig beseitigten Rechtsbewährungsinteresse zu tun habe, sei hier das Notwehrrecht grundsätzlich gegeben; eine Schonung des Angreifers sei nur im Hinblick auf dessen Leben aufgrund des ‚Gebots der Rücksichtnahme‘ angezeigt. Noch weiter geht Schmidthäuser als

> Vertreter eines rein überindividuellen Ansatzes, nach dem der erwachsene Obstdieb, der trotz Warnung nicht vom Apfelbaum steigt, erschossen werden darf. Dies sei Teil des unerlässlichen ‚Kampfs ums Recht', der nun einmal von der ‚*Verteidigungsbereitschaft aller Rechtsgenossen*' abhänge. Dass viele ‚Rechtsgenossen' das glücklicherweise anders sehen, wird später anhand empirischer Daten gezeigt werden." (Kaspar 2013, S. 43)

Mit diesem Hinweis auf vorliegende empirische Daten bezieht sich Kaspar auf die sogenannte Dresdener Notwehrstudie von Knut Amelung und Ines Kilian, mit der die Akzeptanz eines solchen weitgehenden Notwehrrechts in der Bevölkerung abgefragt wurde (Amelung und Kilian 2003; Amelung 2003). Das Ergebnis dieser Studie ist eindeutig und lässt sich dahingehend zusammenfassen, „dass die Bevölkerung überwiegend und ganz selbstverständlich von einer Begrenzung des Notwehrrechts durch Verhältnismäßigkeitserwägungen ausgeht" (Kaspar 2013, S. 54). Interessant für uns ist nun die Kommentierung dieses Ergebnisses durch Johannes Kaspar, weil in ihr sehr deutlich wird, dass die Diskussion über das Rechtfertigungsproblem der Notwehr auch als Debatte über die politische Kultur, genauer: die *Konfliktkultur einer Gesellschaft* geführt werden müsste:

> „Die Ergebnisse der Dresdener Notwehrstudie lassen sich auch als starkes Argument gegen eine positiv-generalpräventive *Begründung des schneidigen Notwehrrechts* heranziehen. Der in seinem Gehalt etwas schillernde und unbestimmte Aspekt der ‚Wiederherstellung des Rechtsfriedens' soll bei der Strafe garantieren, dass diese von der Bevölkerung als gerechte und angemessene Reaktion auf die Straftat wahrgenommen werden kann, ohne dass man diese Wirkung im Einzelfall ernsthaft empirisch messen könnte. Vielmehr obliegt es hier dem Gesetzgeber, durch seine Vorgaben normativ zum Ausdruck zu bringen, was er als gerechte und angemessene Reaktion ansieht – aber immer mit dem Ziel im Hinterkopf, damit den Vorstellungen der Gesellschaft entgegen zu kommen. Gibt es nun Anhaltspunkte dafür, dass die Bevölkerung auch mit einem niedrigeren Sanktionsniveau zufrieden ist bzw. einen völligen Verzicht auf eine Sanktionierung für akzeptabel erachtet, muss dem aus Gründen der Optimierung von Grundrechtsschutz nachgegangen werden; denn ansonsten liefe man Gefahr, eine Strafe zu verhängen, obwohl damit kein sinnvoller präventiver Effekt verbunden ist.
>
> Übertragen auf die Notwehr bedeutet das, dass ein besonders hartes Zurückschlagen des Angriffs aus Gründen der ‚Rechtsbewährung' nicht legitimierbar ist, wenn die Bevölkerung eine solche Reaktion in bestimmten Konstellationen gar nicht erwartet, sondern im Gegenteil als übermäßig und rechtswidrig ansieht. Auch der Regierungsentwurf von 1962 geht interessanterweise davon aus, dass das Notwehrrecht in den Fällen eingeschränkt sei, ‚in denen seine Ausübung von der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit missbilligt würde' – genau dies scheint bei der Tötung zur Verteidigung von Sachwerten aber eben der Fall zu sein. Demgegenüber ist die im selben Entwurf enthaltene Behauptung, wonach die Notwehr ein ‚schneidiges und seit alters her in der Rechtsüberzeugung des Volkes verwurzeltes Schutzrecht' sei, in dieser Allgemeinheit offensichtlich veraltet – vergleichbar der an ein *antiquiertes bürgerliches Ehrverständnis* anknüpfenden Behauptung, wonach dem Angegriffenen ein Ausweichen prinzipiell nicht zumutbar sei, weil dies eine ‚schimpfliche Flucht' bedeuten würde. Denn auch dies findet in der Bevölkerung nach der genannten Studie keinen Widerhall. Insgesamt handelt es sich hier um eine der gar nicht so seltenen, bislang aber kaum übergreifend und systematisch erfassten Schnittstellen von Kriminologie und materiellem Strafrecht, bei denen es sich geradezu aufdrängt, empirische Erkenntnisse in die Auslegung und Anwendung von materiellen Strafgesetzen einfließen zu lassen." (Kaspar 2013, S. 55 f.)

An den vorangegangenen Zitaten wird deutlich, dass der Staat, indem er ein weites Notwehrrecht einräumt, über den Umweg des die Notwehr Ausübenden die Rechtsordnung

gegen den Angreifer durchsetzt. Die Notwehr hat für den, gegen den sie ausgeübt wird, daher faktisch den Charakter einer Sanktion, deren mögliche Intensität durch das geltende Gesetz geregelt ist. Hier wird der Bürger mithin nicht nur zur Überwachung, sondern auch zu gewaltsamen Durchsetzung der Rechtsordnung ermächtigt, wenn auch nur in einem eng umgrenzten und – wie man sieht – auch politisch immer neu zu verhandelnden – Korridor.

D. Pluralität von Normdurchsetzungsregimen als Konsequenz von Prozessen funktionaler Differenzierung: Das Beispiel der Professionen

I. Das Konzept der funktionalen Differenzierung

Die Theorie der funktionalen Differenzierung ist ein Kernelement der *Systemtheorie* und vor allem mit dem Namen von Niklas Luhmann (1984; 1997; 2000) verbunden. Während in vormodernen Gesellschaften Stand und Rang als die hauptsächlichsten Differenzierungskriterien fungierten, ist in der modernen Weltgesellschaft *die funktionale Differenzierung das primäre Differenzierungsprinzip*; was damit gemeint ist, ist von André Brodocz wie folgt skizziert worden:

> „Funktionale Differenzierung besagt, daß der Gesichtspunkt der Einheit, unter dem eine Differenz von System und Umwelt ausdifferenziert ist, die Funktion ist, die das ausdifferenzierte System […] für das Gesamtsystem erfüllt' […]. Damit ist gesagt, daß jedes Funktionssystem der Gesellschaft die entsprechende Funktionserfüllung ‚monopolisiert' haben muß, weil ihr jeweiliger ‚funktionaler Primat', d. h. die Priorität der eigenen Funktion vor allen anderen Funktionen, die Grundlage der eigenen Subsystembildung ist […]. Eines dieser Funktionssysteme ist das politische System […]. Die exklusive Funktion eines politischen Systems liegt im ‚Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden' […]. Weitere Funktionssysteme werden von Luhmann und anderen in der Wirtschaft, der Wissenschaft, dem Recht und der Religion sowie auch in den Massenmedien, der Erziehung, der Medizin, der Kunst, der Sozialhilfe und dem Sport gesehen. Dementsprechend vielfältig sind die Funktionen, die die einzelnen Funktionssysteme erfüllen: So liegt zum Beispiel die Funktion des Wirtschaftssystems in einer Regelung der Verteilung knapper Güter, die eine zukunftsstabile Vorsorge mit den jeweils gegenwärtigen Verteilungen verknüpft, während das Wissenschaftssystem seine Funktion im Gewinnen neuer Erkenntnisse findet und das Rechtssystem als vorsorgende Stabilisierung von Erwartungen funktioniert, die auch im Falle der Enttäuschung oder des Konflikts aufrechterhalten werden können." (Brodocz 2006, S. 509 f.)

Diese sozialen Teilsysteme funktionieren selbstreferentiell: Dies ist der Sinn der Redeweise von autopoietischen Systemen, die als Kommunikationssysteme mit einem je funktionsspezifischen binären Code operieren (wahr/unwahr, Haben/Nichthaben, Recht/Unrecht und so fort. Diese Begriffe sind aus jeder Einführung in die Systemtheorie vertraut und brauchen hier deshalb nicht näher dargestellt zu werden.

Wie aber – dies ist die eigentlich spannende Frage – soll man sich das Funktionieren dieser autopoietischen Teilsysteme konkret vorstellen? Eine hilfreiche Erklärung findet sich

insoweit bei Renate Mayntz, in ihrem dichten Aufsatz über „Funktionelle Teilsysteme in der Theorie sozialer Differenzierung" (1988). Sie identifiziert in dem Prozess der sozialen Differenzierung insgesamt *drei Stufen der Ausdifferenzierung*, deren Abfolge sie wie folgt beschreibt:

> „Der Begriff der Ausdifferenzierung verweist auf einen Prozeß der Systembildung, bei dem sich analytisch mehrere Stufen unterscheiden lassen, ohne daß damit gesagt ist, daß die heute existierenden funktionellen Teilsysteme in einem solchen Stufenprozeß entstanden sind […]. Die unterste Stufe ist die der einzelnen Handlung, Handlungssituation oder Interaktion. Der spezielle Handlungssinn darf natürlich kein idiosynkratischer sein, sondern muß als solcher sozial anerkannt sein – als religiöses, wirtschaftliches oder kriegerisches Handeln, als Intimbeziehung oder Herrschaftsbeziehung, als Situation des Heilens oder der Geisterbeschwörung. Auf der nächsten Stufe der Ausdifferenzierung existieren spezielle Funktionsrollen, die durch den kontinuierlichen Vollzug einer zunächst nur situativ ausgegrenzten Tätigkeit gekennzeichnet sind: Arzt, Forscher, Schauspieler, Priester usw. Auf der dritten Stufe schließlich treten entsprechend spezialisierte größere soziale Gebilde auf, bei denen es sich oft um formale Organisationen handelt (aber nicht handeln muß), und die gesellschaftsweit zu einem speziellen Handlungszusammenhang miteinander verknüpft sind." (Mayntz 1988, S. 20)

Aber richtig spannend wird es erst bei der Frage, ob sich *die im Prozess sozial struktureller Verfestigung entstandenen ‚Gebilde'* durch eine bestimmte Art ihres Verhaltens charakterisieren lassen; zu dieser in der Verwaltungswissenschaft unter der Überschrift *organizational behaviour* behandelnden Frage (vgl. dazu Schuppert 1994) gibt Renate Mayntz zwei wichtige Antworten: Einmal tendierten die das jeweilige Teilsystem prägenden Institutionen dazu, für ihre Funktionswahrnehmung eine Monopolstellung zu reklamieren:

> „Auch nachdem die Stufe der Teilsystembildung im hier benutzten Sinne erreicht ist, kann die Ausdifferenzierung noch verschieden stark sein. Daß ein Teilsystem für eine bestimmte Art von Handeln in der Gesellschaft primäre Zuständigkeit besitzt, gehört zwar schon zur Minimaldefinition des Begriffs, aber es gibt deutliche Unterschiede im Grad der Monopolisierung des betreffenden Handelns (z. B. Erziehen, Heilen, Nachrichten übermitteln) durch einen abgrenzbaren Institutionenkomplex. Dabei ist es sowohl für die Wahrnehmung der abgegrenzten Existenz eines Teilsystems durch die Gesellschaftsmitglieder selbst wie auch für sein Operieren und seine politische Steuerbarkeit wichtig, wie weit es den Inhabern einer bestimmten Kategorie von Funktionsrollen bzw. den formalen Organisationen gelingt, die Exklusivität ihrer Zuständigkeit für eine bestimmte Leistung oder Art von Tätigkeit durchzusetzen […]." (Mayntz 1988, S. 22)

Zum anderen tritt in ihrem Verhalten ein uns gleich noch näher beschäftigendes Leitmotiv auf, nämlich die Reklamierung von Interessenvertretungsbefugnissen nach außen bei gleichzeitiger Inaussichtstellung einer effektiven Selbstregulierung nach innen:

> „Für den Grad der Ausdifferenzierung eines Teilsystems ist es schließlich bedeutsam, ob und wieweit es Akteure gibt, die dafür Selbstregelungskompetenzen nach innen und Interessenvertretungsbefugnisse nach außen beanspruchen. Die Fähigkeit hierzu ist zwar nicht grundsätzlich, praktisch aber doch weitgehend an die Existenz korporativer Akteure gebunden. Korporativen Akteuren gelingt auch die Sicherung von Zutrittsbeschränkungen, Zuständigkeitsansprüchen und der ‚Schwelle der legitimen Indifferenz' […] besser als einer amorphen Menge von Funktionsrolleninhabern. […]
>
> Erst gesellschaftliche Teilsysteme, die die dritte der hier unterschiedenen Stufen der Ausdifferenzierung erreicht haben, werden in aller Regel von den Gesellschaftsmitgliedern selbst als eigenständige

> und recht problemlos abgrenzbare Systeme wahrgenommen […]. Die Ausgrenzung einzelner funktioneller Teilsysteme in der Wahrnehmung der Gesellschaftsmitglieder ist ihrerseits eine wichtige Voraussetzung für die Durchsetzung von Ansprüchen der exklusiven Zuständigkeit, besonderer Zugangsbedingungen oder auch spezieller Aufmerksamkeit seitens des politischen Systems. Insofern findet eine Wechselwirkung zwischen symbolisch-kognitiven Prozessen der Definition und sozial strukturellen Ausdifferenzierungsvorgängen statt, die sich gegenseitig stützen." (Mayntz 1988, S. 22 f.)

Nachdem wir nunmehr eine ungefähre Vorstellung davon haben, was unter der Theorie der funktionalen Differenzierung zu verstehen ist, wollen wir am Beispiel der Professionen zu zeigen versuchen, in welcher Weise die Ausdifferenzierung von Teilsystemen auch zu einer *Ausdifferenzierung von Normdurchsetzungsregimen* führt.

II. The Role of Professions

1. Einige professionssoziologische Bemerkungen

Da wir uns im zweiten Kapitel schon ausführlich mit dem *Typus berufsspezifischer Normenordnungen* beschäftigt haben, können wir daran anknüpfen und uns auf einige Bemerkungen beschränken, die den Bereich der „sociology of professions" entstammen (dazu Muzio und Kirkpatrick 2011) und speziell den Zusammenhang mit der Theorie der funktionalen Differenzierung thematisieren. Dies vorausgeschickt, drängt es uns, die folgenden, eindrucksvoll eindeutigen Befunde zu präsentieren:

Professionen (zum Unterschied zum tendenziell weiteren deutschen Berufsbegriff siehe Gispen 1988) tun genau das, was Renate Mayntz von ihnen erwarten würde: Sie monopolisieren ein bestimmtes professionsspezifisches Wissen, sie agieren nach außen als Interessenvertretungen und üben nach innen eine zum Teil sehr intensive Sozialdisziplinierung aus; einige Stimmen aus der Literatur mögen dies belegen:

- Der ersten anzuhörenden Stimme haben wir die Funktion zugedacht, noch einmal – gewissermaßen zur Einführung – die wichtigsten Charakteristika von Professionen als sozialen und politischen Institutionen zusammenzufassen; nach Manfred Mai verfügt eine idealtypische Profession über die folgenden Merkmale:
  - „Eine anspruchsvolle, in der Regel, *akademische Ausbildung*;
  - ein enger und von großem persönlichen *Vertrauen geprägter Klientelbezug*;
  - eine *weitgehende Autonomie* in der Regelung eigener berufsständischer Angelegenheiten wie Qualitätskontrolle des Dienstleistungsangebots, der Berufszulassung, der Ausbildungsinhalte und des Honorarwesens;
  - eine hohe soziale Reputation;
  - eine *kodifizierte Berufsethik* mit Bezügen zum Gemeinwohl;
  - eine weitgehend *monopolartige Kontrolle* über einen gesellschaftlichen Bereich von zentraler Bedeutung." (2008, S. 15)

Wie aus dieser Liste leicht erkennbar ist, fügen sich die Professionen nahezu passgenau in das Bild von sozial strukturell verfestigten Gebilden als Ergebnis von Prozessen funktionaler Differenzierung ein.

- Besonders pointiert wird der Zusammenhang von Professionsbildung und funktionaler Differenzierung in der professionssoziologischen Arbeit von Michaela Pfadenhauer thematisiert, wobei sie – anknüpfend an die hervorgehobene Stellung von Professionen in der Gesellschaftstheorie Talcott Parsons (vgl. bereits den Aufsatz „The Professions and Social Structure" von 1939) – das *Bedingungsverhältnis von Autonomie und Selbstkontrolle* wie folgt hervorhebt:

> „Das strukturfunktionalistische Modell zur Erklärung der berufsförmigen Arbeitsteilung basiert auf der Prämisse, dass die als Systeme gedachten Gesellschaften einer fortschreitenden Ausdifferenzierung von – für den Bestand moderner Gesellschaften – notwendigen Funktionen und Leistungen unterliegen. Sie stellen entsprechende berufliche Positionen bereit und weisen diese Positionen individuellen Akteuren zu, welche dort durch Rollenerwartungen gesteuerte, spezialisierte Leistungen erbringen. Die Leistungserbringung wird durch Sozialisation und die damit einhergehende Internalisierung der Normbasis einer Position sowie durch (vor allem positive) Sanktionen gesichert. […]
>
> Zur optimalen Leistungserfüllung bedarf es besonderer institutioneller Rahmenbedingungen, die Professionellen zwar ein höheres Maß an ‚Freiheit' in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit einräumen, zugleich jedoch auch in hohem Ausmaß Selbstkontrolle zum einen und Gemeinwohlorientierung zum anderen abverlangen […]. Privilegien und Prestige sind gleichsam die Belohnungen, die Professionelle im Gegenzug für ihre Selbstbeschränkung erhalten." (Pfadenhauer 2003, S. 38 f.)

Im Anschluss an diese Überlegungen definiert Michaela Pfadenhauer Professionen „als sich selbst verwaltende, in Berufsausbildung und Berufsausübung *relativ autonome, durch kollegiale Binnenkontrolle geprägte, korporative Gebilde*" (2003, S. 40). Als solch korporative Akteure sind sie „politische Kollektiv-Akteure" (2003, S. 55) und betreiben eine von ihrer Handlungslogik geprägte Professionspolitik. Diese Professionspolitik reklamiert hinsichtlich der professionellen Standards einmal eine möglichst exklusive Definitions- und Deutungsmacht (dazu Mayntz et al. 1988, S. 27 f.), dieses Privileg wird jedoch nur gegen „das glaubwürdige Versprechen der Selbstkontrolle [als] Gegenleistung für die eingeräumten Privilegien der organisierten Autonomie" eingeräumt (van den Daele und Müller-Salomon 1990, S. 22); bei Pfadenhauer heißt es zu diesem *Zusammenhang von Autonomie- und Kontrollanspruch* wie folgt:

> „Die Kontrollansprüche von Professionen richten sich generell auf den Zugang zur Profession, auf Sonderwissensbestände und auf kollegiale Selbstkontrolle, und sie werden in Berufsstrategien, in Professionspolitik, manifest. Der Kontrollanspruch richtet sich folglich nach innen, indem die Professionsmitglieder auf professionelle Standards (wissenschaftlicher, berufspraktischer und ethischer Natur) verpflichtet werden, deren Einhaltung mit formellen und informellen Sanktionen durchgesetzt wird. Der Kontrollanspruch richtet sich in der Abwehr von ‚Verrechtlichung' in besonderer Weise aber auch nach außen: es geht dabei vor allem um die Zurückweisung jeder Form von staatlicher Fremdkontrolle." (Pfadenhauer 2003, S. 61)

Obwohl also der Staat möglichst außen vor gelassen werden soll, ist er andererseits *als Instanz der Gewährleistung des fein austarierten Governance-Regimes von Autonomie und Selbstkontrolle* unverzichtbar; in diesem Sinne heißt es bei unserer Referenzautorin Pfadenhauer unter Bezugnahme auf die professionssoziologischen Arbeiten von Eliot Freidson (1983; 2001) in uns einleuchtender und für das Thema der „regulierten Selbstregulierung" nicht unwichtiger Weise wie folgt:

> „Freidson […] betrachtet ‚den Staat' sogar als Bedingung für Professionalismus, da nur er bestimmten Berufen ihren besonderen Status garantiere und diesen dauerhaft gewährleiste. Der Staat schafft und sichert diesem Verständnis nach – von der beruflichen Arbeitsteilung über das Bildungs- und Ausbildungssystem, über Kompetenzschneidung und Lizenzierung bis hin zur Beschränkung von Wettbewerb – die Basis für Professionalismus, ohne professionelle Autonomie und Selbstkontrolle außer Kraft zu setzen." (Pfadenhauer 2003, S. 54)

2. Erscheinungsformen kollegialer Binnenkontrolle

a) *Vom Standesrecht zu qualitätssichernden Governance-Regimen*

Im ersten Kapitel war schon ausführlich von berufsständischen Normenordnungen die Rede, unter anderem auch von der Entwicklung vom Standesrecht zu sogenannten *codes of conduct*. Dies soll hier nicht noch einmal ausgebreitet werden; einen neuen Aspekt möchten wir an dieser Stelle jedoch noch gerne hinzufügen, nämlich das *zunehmende Verständnis von professioneller Binnenkontrolle als professionellem Qualitätssicherungsmanagement* (zum Phänomen eines modernen Qualitätssicherungsrechts siehe Reimer 2010; ferner Schuppert 2011e). Denn es geht – dies ist gewissermaßen der Preis für die Autonomiegewährung und das anhaltende Vertrauen der Klientel – um die *Gewährleistung eines bestimmten Qualitätsniveaus professioneller Dienstleistungen.*

Mit Franz Reimer lässt sich das gemeinte am Beispiel des *Wirtschaftsprüfungsrechts* veranschaulichen. Hier lässt sich ein *qualitätssicherndes Governance-Regime* beobachten, das durch eine interessante Gemengelage von gesetzlichen und privaten Regelungskomponenten gekennzeichnet ist; § 55 b WiPrO, der folgenden Wortlaut hat, ist dabei gewissermaßen die Grundnorm: „Der Wirtschaftsprüfer oder die Wirtschaftsprüferin hat die Regelungen, die zur Einhaltung der Berufspflichten erforderlich sind, zu schaffen sowie ihre Anwendung zu überwachen und durchzusetzen (Qualitätssicherungssystem). Das Qualitätssicherungssystem ist zu dokumentieren".

Interessant ist nun aber, in welchen Regelungsregimen sich die Maßstäbe für dieses Qualitätssicherungssystem finden; nämlich nicht primär im Gesetz, sondern – wie Reimer zusammengestellt hat – in privaten Regelungswerken, sei es des Berufsstandes, sei es von privaten *standard setting committees*:

> „In Bezug genommen werden damit zunächst die Allgemeinen Berufspflichten wie Unabhängigkeit, Gewissenhaftigkeit, Verschwiegenheit und Eigenverantwortlichkeit (§ 43 Abs. 1 S. 1 WiPrO), berufs-

> würdiges Verhalten (§ 43 Abs. 2 WiPrO), Fortbildung (§ 43 Abs. 2 S. 4 WiPrO), sowie die Besonderen Berufspflichten (§ 57 Abs. 4 Nr. 2 f., 5 i. V. m. der Berufssatzung der Wirtschaftsprüferkammer). Die Berufssatzung statuiert in § 4 Abs. 1 eine Bindung an ‚fachliche Regeln'; diese ergänzen die gesetzlichen Regeln und liegen vor allem in den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung i. S. v. § 238 Abs. 1 S. 1 HGB, den Verlautbarungen des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committee e. V. sowie den Prüfungsstandards, -hinweisen, Stellungnahmen zur Rechnungslegung und Rechnungslegungshinweisen des Instituts der Wirtschafsprüfer in Deutschland e. V. (IDW)." (Reimer 2010, S. 367)

Was wir an diesem Beispiel bemerkenswert finden, ist, dass als Bezugspunkt der Durchsetzung professioneller Standards nicht mehr ein professioneller Ehrbegriff oder eine Standesethik fungiert, sondern *die Qualität professioneller Dienstleistungen und ihrer Gewährleistung.*

b) *Die Berufsgerichtsbarkeit zwischen Standesaufsicht und staatlicher Gerichtsbarkeit*

Da Governance-Kollektive dazu neigen, auch eine eigene Jurisdiktion auszubilden, gibt es in zahlreichen freien Berufen – wie etwa dem der Rechtsanwälte – seit Jahren eine eigene Berufsgerichtsbarkeit, die bezeichnender Weise als *Ehrengerichtsbarkeit* bezeichnet wurde: Eine wichtige Rolle spielte eben nicht nur die Offiziersehre, von der schon im zweiten Kapitel ausführlich die Rede war, sondern auch die *Berufsehre* als Verhaltenskompass wie als Element der soeben besprochenen Qualitätssicherung.
Es lag daher nahe, die Berufsgerichte bei der jeweiligen Berufskammer anzusiedeln, da sie letztlich das wirksamste Mittel waren, um der sogenannten Standesaufsicht die gewünschte Effektivität zu verleihen; in Thomas Emdes wichtigem Buch über die berufsständische Autonomie heißt es dazu wie folgt:

> „Es ist bereits angeklungen, daß Bedeutung und Effektivität der Standesaufsicht maßgeblich von der Existenz einer eigenen Standesgerichtsbarkeit abhängen. […] Aus der Systematik der Kammergesetze erhellt, daß die Standesgerichte organisationsrechtlich den jeweiligen Kammern angegliedert sind; wie diese nehmen sie die Aufgabe der Standesaufsicht wahr, sie wenden dabei auch dieselben Normen wie die Kammern an und setzen sich zudem aus von den Kammern nominierten Kammerangehörigen zusammen. Angesichts dieser Vielfalt und Dichte von Verbindungen und Verflechtungen erscheint es durchaus zutreffend, von einer komplementären Funktionsgemeinschaft zwischen Kammern und Kammergerichten zu sprechen: Auf der einen Seite machen erst die Kammergerichte die Aufsichtstätigkeit der Kammern wirklich effektiv, auf der anderen hingen sie ohne Normsetzungs- und Normüberwachungsarbeit der Kammern in der Luft." (Emde 1991, S. 113 f.)

Da die Berufsgerichte aber unzweifelhaft Gerichtsbarkeit ausüben, die jedoch nach dem Grundgesetz (Art. 92 GG) der staatlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten ist, blieb – wollte man das Verdikt ihrer Verfassungswidrigkeit vermeiden – nur die Möglichkeit, sie als Bestandteil der staatlichen Gerichtsbarkeit „auszuflaggen". Dazu heißt es mit unüberhörbar kritischem Unterton bei Emde:

> Trotz alledem sind die Kammergerichte jedoch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Teil der staatlichen Gerichtsbarkeit. Die hierzu erforderliche Bindung der Standesgerichte an den Staat sei sowohl in personeller als auch in materieller Hinsicht gewährleistet; personell durch das

Recht des Staates, unter den Vorgeschlagenen auszuwählen, materiell durch die Bindung der ehrenamtlichen Richter an das deutsche Richtergesetz sowie bei den anwaltlichen Ehrengerichten durch die Qualifikationsanforderungen an den Anwaltsberuf. Obschon die Rechtsprechung die sehr enge funktionelle, organisatorische und personelle Verflechtung der Standesgerichte der Anwalts- und der Heilberufe sowie der Architekten mit den Kammern so augenscheinlich absichtsvoll herunterspielt, daß der Vorwurf der Apologetik kaum von der Hand zu weisen ist, mag das doch hier auf sich beruhen. Selbst wenn die Standesgerichte nicht als staatliche Gerichte im Sinne des Art. 92 GG qualifiziert werden könnten, hätte das nicht ihre Einfügung in die Kammerverwaltung, sondern ihre Verfassungswidrigkeit zur Folge, denn ihre materielle Qualität als Organe der Rechtsprechung steht außer Frage. Die Standesgerichte sind somit, gleich wie man ihren Status und die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit beurteilt, in keinem Fall Bestandteil der Kammerverwaltung […].“ (Emde 1991, S. 114)

Auch wir müssen den rechtlichen Status der Standesgerichte hier nicht weiter behandeln: Uns interessiert ihre Funktion und diese scheint uns mit der von Thomas Emde gefundenen Formel der „komplementären Funktionsgemeinschaft zwischen Kammern und Kammergerichten“ gut eingefangen zu sein.

E. Normdurchsetzung als institutionalisierte Sozialdisziplinierung

Als Hinführung zum Konzept der Sozialdisziplinierung soll hier ein Blick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gewonnen werden, in der es um die Frage ging, ob sich die Berufsgruppe der Sozialarbeiter auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen könne (Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juli 1972, BVerfGE 33, 367 – Sozialarbeiter). Zunächst legt das Gericht dar, dass die Anerkennung eines strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts einer besonderen Rechtfertigung bedürfe; bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern sei diese gegeben, da beide Berufe einer berufsständischen disziplinarischen Überwachung unterlägen:

„Angesichts des rechtsstaatlichen Postulats der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege bedarf die Einräumung von Aussageverweigerungsbefugnissen aus beruflichen Gründen stets einer besonderen Legitimation, um vor der Verfassung Bestand zu haben. Unter diesem Gesichtspunkt versteht es sich nicht von selbst, daß der Gesetzgeber den Angehörigen wirtschafts- und steuerberatender Berufe ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt hat. Das läßt sich jedoch deshalb noch rechtfertigen, weil sie nach ihrer Ausbildung, den für sie geltenden Berufsregelungen (Wirtschaftsprüferordnung vom 24. Juli 1961 [BGBl. I S. 1049] und Steuerberatungsgesetz vom 16. August 1961 [BGBl. I S. 1301]), der durch Kammern wahrgenommenen Standesaufsicht und der disziplinarischen Überwachung durch Berufsgerichte eine gewisse Gewähr dafür bieten, daß sie von der ihnen eingeräumten Aussageverweigerungsbefugnis keinen unangemessenen Gebrauch machen, sie insbesondere nur dann in Anspruch nehmen, wenn es die Wahrung ihres Berufsgeheimnisses unabdingbar erfordert und höherwertige Interessen des Gemeinwohls nicht entgegenstehen. Die Verleihung des strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts an die Vertreter der wirtschafts- und steuerberatenden Berufe ist darum mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar.“

Bei den Sozialarbeitern hingegen fehle es an einer *berufsständischen Sozialdisziplinierung*, so dass eine Gewähr für einen verantwortungsvollen Umgang mit einem Zeugnisverweigerungsrecht nicht bestehe:

> „Darüber hinaus hat der Gesetzgeber aus gutem Grund nur den Vertretern solcher Berufe eine Aussageverweigerungsbefugnis verliehen, in denen sich – kraft der Natur der Sache oder gemeinsamer, für verbindlich erachteter und darum befolgter Regeln standesgemäßen Verhaltens – feste, von der Gemeinschaft gebilligte Maßstäbe dafür entwickelt haben, wo ein Berufsgeheimnis besteht und inwieweit es Schweigen gebietet. Das ist sachgerecht, weil sonst die Ausübung des Weigerungsrechts, die allein in die Entscheidung des Zeugen gestellt ist, von Zufall und Willkür abhängig würde. Während diese Voraussetzungen aber für alle in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erwähnten Berufe erfüllt sind, gibt es für den Sozialarbeiter bislang keine derartigen Maßstäbe. Zwar ist seit einiger Zeit der Begriff des ‚sozialen Geheimnisses' in die Fachliteratur eingeführt worden […]. Feste Konturen hat dieser Begriff jedoch bisher nicht gewonnen. Was darunter zu verstehen ist, wird weder durch eine allgemeine Berufsordnung festgelegt noch von einem innerhalb des Sozialarbeiterstandes durchgängig anerkannten Berufskodex verbindlich bestimmt […]. Im Gegensatz zu den in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO aufgeführten Berufsgruppen, unter denen – freilich aus besonderen Gründen – nur die Hebammen insoweit eine Ausnahme bilden, fehlt es den Sozialarbeitern zudem an öffentlich-rechtlich verfaßten Standesvertretungen (Kammern) und Berufs- oder Ehrengerichten, die in der Lage wären, berufliche Verschwiegenheit zum Standesgebot zu erheben, ihre Beachtung zu überwachen und ihre Verletzung mit den Mitteln berufsständischen Disziplinarrechts zu ahnden."

Man liest es schon mit einem gewissen Erstaunen, dass hier nicht nur einer berufsständischen Disziplinierung Wort geredet, sondern darüber hinaus ihre Existenz als Voraussetzung für die Anerkennung eines Zeugnisverweigerungsrechts verlangt wird; die Lektüre der zitierten Passagen jedenfalls macht neugierig darauf, was in der geschichts- und sozialwissenschaftlichen Literatur eigentlich unter dem Begriff der Sozialdisziplinierung verstanden wird.

I. Das Konzept der Sozialdisziplinierung

Das Konzept der Sozialdisziplinierung hat seinen Horizont sicher bereits überschritten. Es ist untrennbar mit dem Namen Gerhard Oestreichs verbunden, der die Sozialdisziplinierung als eine der *wesentlichen Strukturmerkmale des Absolutismus* identifiziert hat (Oestreich 1969); wenn man aber mehr über dieses Konzept erfahren will, stößt man unweigerlich auf den inzwischen klassischen Aufsatz von Winfrid Schulze von 1987, in dem er die Herkunft und Verwendungsweise des Begriffs der Sozialdisziplinierung erläutert und sie in den Kontext der Entwicklung des frühneuzeitlichen Staates einordnet (Schulze 1987); auch wir beziehen uns im Folgenden auf diesen nahezu kanonischen Text und finden für unsere Zwecke die folgenden drei Aspekte in besonderem Maße festhaltenswert:

1. Disziplinierung als Disziplinierung innerhalb eines Governance-Kollektives

Im ersten Teil dieses Buches hatten wir – wie erinnerlich – von Governance-Kollektiven und ihren normativen Ordnungen gesprochen und dabei feststellen können, dass *Governance-Kollektive* in aller Regel als Regelungskollektive fungieren. Aber Governance-Kollektive kann man nicht nur als *Regelungskollektive* analysieren, sondern auch – wie wir es nennen wollen – als *Disziplinierungskollektive*, in denen die innere Ordnung einer Gruppe beziehungsweise eines Kollektivs durch eine *kollektivsspezifische Disziplin* gewährleistet werden soll. Diesen Gedanken finden wir in der nachfolgenden Passage aus dem zitierten Aufsatz von Winfried Schulze wieder, in der es wie folgt heißt:

> „Disziplinierung heißt hier nicht Vorrang des Staatlichen, des Politischen, des Dynastischen vor der Kultur, der Wirtschaft, Religion oder Wissenschaft. Es heißt Formung, Bildung, Einordnung im zunächst kleinsten Verkehrskreis oder Verband, heißt Ermöglichung des Umgangs miteinander, Vereinfachung der Besonderheiten, Erhöhung des Effekts durch Zucht. Schon die Zunftordnungen sind nicht nur Reglementierungen der Handwerksorganisation, sondern des noch ungeschiedenen öffentlichen und privaten Lebens ihrer Mitglieder, der vita civilis. Alle Angehörigen der Zunft sind einer ständischen Gesamtordnung unterstellt. Doch mit Überschreitung ihrer Zugehörigkeitssphäre von engen zu weiteren Kreisen, zu größeren Bereichen wie der Stadt und später dem Land (= dem ‚Staat'), entstehen neue Ordnungsprobleme. Diese zu lösen, versuchen die städtischen Policeyordnungen, Kleiderordnungen, dann die entsprechenden Landespoliceyordnungen, die zwar im Anfang noch ständische Mitberatung kennen, aber doch bald als vornehmlich oder allein bürokratische Verfügungen zu Rechtsetzungen werden. Dabei finden sich die Kleider- oder Sittenbestimmungen der Zunftordnungen in den Rats und Fürstenedikten wieder." (Schulze 1987, S. 275)

2. Disziplinierung als Qualitätssicherung

Weiter oben hatten wir im Zusammenhang mit der Rolle von Professionen eine Entwicklung geschildert, die wir mit der Überschrift *„Vom Standesrecht zu qualitätssichernden Governance-Regimen"* bezeichnet haben. Auch diesen Gedanken finden wir mit einer gewissen Freude in dem Text Schulzes wieder, in dem es zu diesem Aspekt der *Qualitätskontrolle durch Disziplin* wie folgt heißt:

> „Im 15. und 16. Jahrhundert nahm die Forderung nach Qualitätsarbeit deutlich zu. Daher mußten die aufsichtführenden Organe wie Ämter, Zünfte und Handwerk immer sorgfältiger über die ausgeführte Arbeit wachen. Ein sichtbares Zeichen sind die zuvor kaum auftauchenden Meisterprüfungen als Voraussetzung der Meisterernennung durch die Zunft. Disziplinierung bedeutet also auch Steigerung der Leistung, des Könnens, der Qualität. Aus der Kontrolle des Arbeitsproduktes und der Regulierung des Arbeitsprozesses entsteht allmählich eine Disziplinierung der Arbeit überhaupt mitsamt ihren Erscheinungen der Zucht- und Arbeits-, der Armen- und Waisenhäuser, die sich als Kasernen und Disziplinierungsanstalten auf dem Gebiet der Wirtschaft darstellen." (Schulze 1987, S. 275 f.)

3. Die Kirchen als Disziplinierungsagenturen

Innerhalb der durch Disziplinierung in ihrem Zusammenhalt gestärkten Governance-Kollektive kommt den Kirchen – wovon sogleich noch zu handeln sein wird – eine beson-

ders prominente Stellung zu. Auch zu diesem Befund findet sich bei Winfried Schulze eine entsprechende Passage, mit der wir diese Einführung in das Konzept der Sozialdisziplinierung denn auch abschließen wollen:

> „In den Großkirchen wie in den Sekten verbanden sich die Reformgedanken von Anfang an mit den Vorstellungen energischer Disziplinierung. Luther forderte Gehorsam von Herren und Fürsten nicht anders als von den Bauern. Er verwarf die Selbsthilfe und betrachtete Autorität und Gehorsam als Vorbedingungen christlichen Lebens. Zwingli und Calvin als religiöse Reformatoren waren gleichzeitig Reformatoren der öffentlichen Zucht und Ordnung. In den Züricher und Genfer Stadtstaaten begründeten sie ohne Ansehen der Person mit harten, einschneidenden Mitteln eine christliche Disziplin und mehrten sie ebenso energisch. Gleichheit der Christen vor Gott wurde praktiziert als Gleichheit in christlicher Zucht. Dem entsprach die reorganisierte katholische Kirche mit ihrem disziplinierten Schul- und Ordenswesen. Auch die Erweckungsbewegungen, die Schul- und Lehrpläne August Hermann Franckes, die Statuten Zinzendorfs, alle liefen auf die Verbindung mit Disziplin hinaus. Doch die methodische Lebensdisziplinierung, die besonders im Calvinismus gefordert wurde, ist nicht identisch mit Sozialdisziplinierung. Sozialdisziplinierung ist ein säkularer Prozeß, der durch die religiöse Disziplinierung unterstützt, aber nicht bestimmt wird. Die Kirche als Träger der bisher umfassendsten Disziplinierung war der wichtigste Faktor neben den weltlichen Trägern der Disziplinierung. Im 16. Jahrhundert wurde die Jurisdiktion der Bischöfe als Teil einer geistlichen Gewalt neben der Kirchendisziplin den Konsistorien übertragen. Die Mittel zur Ahndung bei schweren öffentlichen Ärgernissen in der Gemeinde waren Ausschluß vom Abendmahl und Kirchenbuße, disziplinarische Maßnahmen also, geistliche Zuchtmittel, in keiner Weise kriminelle Strafen mit rechtlichen Folgen für den Bürger. Diese in das öffentliche Leben hineinragende kirchliche Disziplin wurde vom modernen Staat zurückgedrängt." (Schulze 1987, S. 279 f.)

II. Sozialdisziplinierung *at work:* Das Beispiel der Kirchenzucht

Es ist hier nicht der Ort, das Phänomen der Kirchenzucht systematisch und umfassend zu erörtern; wir beschränken uns darauf, *vier Aspekte* herauszugreifen, die uns unter der leitenden Problemstellung der *Pluralität von Normdurchsetzungsregimen* besonders interessant erscheinen.

1. Die Reinheit der Gemeinde als Ziel reformatorischer Kirchenzucht

„In einem weiteren Sinne verstanden" – so heißt es in dem Beitrag von Hans-Jürgen Goertz und John H. Leith (1990, S. 176) – „ist die Reformation selbst der groß angelegte Versuch, Zucht und Ordnung in der Christenheit wieder herzustellen und zu erhalten". Insbesondere die Reformatoren Calvin und Zwingli lag dieses Zucht- und Ordnungsanliegen am Herzen und sie versuchten mit übereifriger Konsequenz, es in den reformatorisch geprägten Städten Zürich und Genf durchzusetzen. Über die Art und Weise dieser *christlichen Sozialdisziplinierung* heißt es bei Goertz anschaulich wie folgt:

> „So legte sich über das Zürcher Herrschaftsgebiet ein dichtes Netz der Sittenkontrolle. Wie tief sie in alle Lebensbereiche der Bürger eindrang, zeigt das Große Sittenmandat von 1530 bzw. 1532. […]. Aufschlußreich für die Intention des Mandats ist, daß nicht die bürgerlichen Laster, sondern die Vergehen, die sich gegen die Kirche richteten, am härtesten, nämlich im Ernstfall mit dem Bann bestraft

> wurden. Der Gebannte mußte das Herrschaftsgebiet verlassen. Wer sich moralisch vergangen hatte, zog nur eine Geldstrafe auf sich, ihm drohte kein Ausschluß. In einem großangelegten ‚Volkserziehungs-Experiment' sollte die Reinheit der Gemeinde sichergestellt werden, um auf diese Weise den Zorn Gottes von dem neuen reformierten Gemeinwesen abzuwenden. Der Preis war hoch: Zwingli hat die politische Tendenz zur Disziplinierung der Bürger eher gefördert als behindert. […]
>
> Die Kirchenzucht war zwar ureigene Sache der Kirche, wurde aber von einem Konsistorium wahrgenommen, das aus Ältesten, die gleichzeitig im Rat der Stadt saßen, und Pastoren zusammengesetzt war […]. In Genf hatte der Magistrat bei der Besetzung des Presbyteriums und der Berufung der Prediger ein entscheidendes Wort mitzureden und kam auf diese Weise der Verpflichtung zur Reinerhaltung des christlichen Gemeinwesens nach. Einen Niederschlag fand das in den Ordonnances ecclésiastiques de Genève von 1541 […]. Doch die Impulse zur Kirchenzucht gingen von der Kirche aus, die die städtische Obrigkeit in den Dienst des geistlichen Regiments zu stellen verstand. Schließlich lief aber beides auf dasselbe hinaus: Das Gemeinwesen wurde unter christlich-professionellen Gesichtspunkten einer religiösen, moralischen und politischen bzw. sozialen Kontrolle unterzogen." (Leith und Goertz 1990, S. 178)

Auch in dem Beitrag von Heinrich Richard Schmidt über „Die Christianisierung des Sozialverhaltens als permanente Reformation" (1989) geht es um die *zentrale Rolle der Gemeinde*, die nicht nur *Gegenstand der Kirchenzucht* ist (deren Reinheit und Zusammenhalt es zu wahren gilt), sondern die zugleich *als Normdurchsetzungsinstanz fungiert* und darüber hinaus durch das Band der Kirchenzucht erst *als Körperschaft konstituiert* wird. Von großer Bedeutung für den Zusammenhalt und die Reinheit der Gemeinde erweisen sich dabei die sogenannten *Chorgerichte*, die als Sittengerichte nicht nur für „Zucht und Ordnung" zu sorgen hatten, sondern auch für den *Frieden* in der Gemeinde und den *nachbarschaftlichen Zusammenhalt*; im Fazit seines Beitrages hat Schmidt dazu Folgendes notiert:

> „Stadt und Dorf verlangen von ihren Einwohnern das gleiche friedliche und gutnachbarliche Verhalten. Das Chorgericht artikuliert und erfüllt auf dieser Handlungsebene die existentiellen Bedürfnisse einer städtischen wie einer ländlichen Gemeinde. Kirchen des Genfer wie des Zürcher Typs stimmen in Hinsicht auf ihre soziale Funktion überein, ihre Kirchenzucht dient der Einübung sozial disziplinierten Verhaltens, geleitet von dem Ziel, damit die Gemeinde als Abendmahlsgemeinschaft integer zu erhalten.
>
> Das Sittengericht leistet damit soziale ‚Dienste' für die Gemeinschaft, indem es die sozialen Handlungsnormen, ohne die sie nicht lebensfähig wäre, sanktioniert. Die Erreichung des Seelenheils und individueller wie kollektiver Wohlfahrt wird abhängig gemacht von sozial diszipliniertem Verhalten. In gewisser Weise nimmt das Chorgericht als ‚Prägeapparatur', wie Elias sagen würde, die Funktion des Gewissens wahr, das Handeln reflektiert, richtet und lenkt. Durch das Chorgericht wird zweckrational sinnvolles Tun wertrational gedeutet, indem es auf den unbedingten Willen Gottes bezogen wird. Sozialhandeln wird zum Gottesdienst. So wird die Kirche veralltäglicht, Gottesliebe im Alltagshandeln als soziales Verhalten praktiziert." (Schmidt 1989, S. 161 f.)

2. Die Jesuiten als kontrollierende Pädagogen

Die christliche Sozialdisziplinierung ist durch eine Vielzahl von Erscheinungsformen und eine ebenso große Vielfalt von *Disziplinierungsagenten* geprägt. Eine besondere Rolle spielten hierbei die Jesuiten; sie werden an dieser Stelle ausnahmsweise einmal nicht als beson-

ders erfolgreiche Akteure der Missionsgeschichte gewürdigt (siehe dazu mit weiteren Nachweisen Schuppert 2014), sondern als moralisch-erzieherische Instanz von großer Prägekraft; in dem Beitrag von Heinz Schilling über die Kirchenzucht im frühneuzeitlichen Europa ist dazu Folgendes nachzulesen:

> „Für den interkonfessionellen Vergleich muß man sich bewußt machen, daß im Rahmen der katholischen Konfessionalisierung die öffentliche Kirchenzucht nicht die einzige, auch nicht die wichtigste oder die typische Form kirchlicher Kontrolle und Disziplinierung war. Die tridentinische Erneuerung, geprägt durch die Jesuiten als deren entschiedenste und erfolgreichste Agenten, schuf ein ganzes Spektrum von Disziplinierungs-, Kontroll- und Normierungsmaßnahmen, die anders, aber kaum weniger entschieden als die calvinistische öffentliche Gemeindezucht auf die Herausbildung modern-rationaler Verhaltensweisen und Einstellungen wirkten. Die Palette reichte von den Exerzitien und der allgemeinen Erziehungstätigkeit in Gymnasien und Universitäten über die Aufführung von Theaterstücken in moralisch-erzieherischer Absicht bis hin zu Predigt, Volkskatechese und Beichte. Die Jesuiten sind geradezu als ‚kontrollierende Pädagogen' charakterisiert worden, deren ‚ins Werk gesetzte … Totalreglementierung (auch in anderen katholischen Schulen) zu entsprechenden Aufsichtsmaßnahmen' führte. Disziplinierende Wirkungen gingen auch vom tridentinisch formierten Bruderschaftswesen, voran den jesuitischen Sodalitäten, sowie von der neuzeitlich formierten Wallfahrt aus. Die erneuerten, der Kontrolle des Klerus unterworfenen Wallfahrten des 16. bis 18. Jahrhunderts wurden zu einem ‚formierten und disziplinierten Gang', zu einer kontrollierten und normierten heiligen Übung, wobei auch diese Neuerung im wesentlichen auf die Jesuiten zurückging." (Schilling 1994, S. 36 f.)

3. Zu den Unterschieden zwischen der protestantisch-calvinistischen und der katholischen Kirchenzucht

In seinem vergleichenden Beitrag über die Kirchenzucht im frühneuzeitlichen Europa hat Heinz Schilling einige wichtige Unterschiede zwischen der protestantisch-calvinistischen und der römisch-katholischen Kirchenzucht herausgearbeitet, die sich auf die ganze *Zielrichtung der Disziplinierung* wie auch auf die *Disziplinierungsagenten* beziehen; da wir diese Unterschiede sehr wichtig finden, seien sie hier mit den Worten Schillings wie folgt zusammengefasst:

> „Unübersehbar sind aber auch die Unterschiede, und es spricht einiges dafür, daß sie mentalitäts- wie allgemein gesellschaftsgeschichtlich durchaus folgenreich waren. Ein erster Kardinalunterschied ist die Norm des durch Buße und Selbstzucht Erreichbaren, dem ein unterschiedliches Menschenbild zugrunde liegt: Während die katholischen Beichtväter davon ausgingen, daß Exerzitien, Generalbeichte und Internalisierung der Reue das Wesen des Menschen auf Dauer zum Guten führen könnten bis hin zur Stufe veritabler Heiligkeit, wie sie etwa Ignatius von Loyola durch die von ihm wesentlich geprägte neuzeitliche Bußpraxis persönlich erreichte, war für die calvinistische Zucht und für den Protestantismus allgemein die unheilbare Sündhaftigkeit des Menschen konstitutiv und damit die Unausweichlichkeit von Kontrolle und Strafe für jeden Christen. Es gab eine protestantische Theologie der Sünde und der Buße, eine Theologie der Heiligkeit, die in der katholischen Variante der frühneuzeitlichen Kirchenzucht eine wichtige Rolle spielte, gab es nicht. – Der zweite Kardinalunterschied zwischen calvinistischer Sünden- und katholischer Beichtzucht bestand in der Bezugsperspektive der intendierten Reinigung von der Sünde: Bei den Calvinisten war das die Gemeinde, konkretisiert vor allem in der Abendmahlsgemeinschaft. Dementsprechend mußte die Buße öffentlich sein,

und zwar immer dann, wenn die Sünde öffentlich bekannt war, bei besonders schweren Verfehlungen aber auch dann, wenn nur der ‚Sünder' und die Presbyter darum wußten. Das sündige Gemeindemitglied war öffentlich ‚mit der Gemeinde' zu versöhnen, damit Gottes Zorn, der durch die Verfehlung provoziert wurde, nicht die durch die Verfehlung des einzelnen befleckte Gemeinde treffe und verderbe. Dieser emphatisch heilsgeschichtliche Öffentlichkeitsbezug war der jesuitischen Beichtzucht fremd, wie die nachtridentinische Beichte überhaupt die Verbindung zu Parochie und Gemeinde radikal kappte zugunsten einer quasi privaten, nichtöffentlichen und subjektiven Interaktion zwischen Beichtvater und Gläubigem. Bei der nachtridentinischen Beichte ging es demnach primär um die disciplina interna des sündigen Subjekts […]." (Schilling 1994, S. 38 f.)

4. Protestantische Kirchenzucht zwischen Kirche und Staat

Zu Beginn des Kapitels hatten wir – und zwar unter der Überschrift „Rechtsdurchsetzung als Herrschaftsbefugnis" – darauf hingewiesen, dass wir es bei der Rechtsgewährleistung und Rechtsdurchsetzung eigentlich mit einem *„ordnungspolitischen Interessenverbund*" (Begriff bei Zabel 2012, S. 38; Brecht und Schwarz 1980) *von Staat und Kirche* zu tun haben. Vollkommen zu Recht hat daher Martin Brecht die Frage aufgeworfen, „wer eigentlich wen diszipliniert hat" und sie wie folgt beantwortet: „Staat, Kirche und Gesellschaft stehen hier in einer *Wechselbeziehung*" (Brecht 1994, S. 44). Wir können an dieser Stelle der Versuchung nicht widerstehen, an einen unserer Lieblingsbegriffe zu erinnern, nämlich den der „Ko-Produktion von Staatlichkeit" (Schuppert 2009); wenn wir diesen Begriff auf das hier zu behandelnde Thema übertragen, so könnten wir von *„Koproduktion von Zucht und Ordnung*" sprechen, ein Prozess, den Martin Brecht wie folgt beschreibt:

> „Die eigentlichen Mittel der Kirchenzucht waren begrenzt: Predigt, persönliches Gespräch mit Vermahnung, Verhör, öffentliche Bußleistungen und Ausschluß. In welchem Umfang sie die intendierte Einsicht und Umkehr erreichten, wird sich allenfalls punktuell anhand der Verhörprotokolle feststellen lassen. Der Staat beteiligte sich an der Kirchenzucht mit Mandaten, Verhören, Geld und Leibesstrafen wie Pranger, Gefängnis oder Ausweisung. Diese staatlichen Mittel konnten zwar allgemein der Aufrechterhaltung der christlichen Sittenordnung dienen, waren aber mit ihrem äußerlichen Zwangscharakter für den seelsorgerlichen Zweck der Kirchenzucht weithin ungeeignet und dazu, wie die häufig wiederholten Mandate zeigen, vielfach auch wirkungslos. Möglicherweise wird man darum eine staatlich dominierte Sittenzucht von wirklicher Kirchenzucht schärfer unterscheiden müssen.
>
> Zweifellos dürfte es nicht ganz einfach sein festzustellen, ob gegen eine Person als ärgerniserregenden öffentlichen Sünder oder als Übertreter der öffentlichen Ordnung vorgegangen wurde. Immerhin sind hinsichtlich der inkriminierten Tatbestände und ihrer Behandlung gewisse Unterscheidungen möglich, obwohl es auch hier weite Bereiche von Überlappungen des kirchlichen und staatlichen Interesses gab." (Brecht 1994, S. 45 f.)

Wir kommen zurück auf die Rolle der schweizerischen *Chorgerichte*, von denen weiter oben schon die Rede war. Heinrich Richard Schmidt hat sich auch für die personelle Zusammensetzung der Richter interessiert und hierbei eine bemerkenswerte Kontinuität festgestellt; interessant finden wir nun die von ihm daraus gezogenen Konsequenzen für das Verhältnis von Staat und Kirche, die über die Koproduktion von Zucht und Ordnung

noch hinausgehen und auf eine *Identitätsüberlappung von Staat und kirchlicher Gemeinde* hinauslaufen:

> „Man könnte in Betrachtung der Namenslisten über einhundert Jahre fast von einem Nachrückverfahren sprechen, das seine innerdörflichen Eliten selber heranzieht und in die Ammannstelle [Ammann steht für den Vorsitzenden des Chorgerichts, G. F. S.] aufrücken läßt. Dabei ist die relativ lange Dauer, während der diese Führungsposition ausgeübt wurde, bemerkenswert. Es waren im wahrsten Sinne des Wortes ‚die Ältesten', die die Kirchgemeinde führten. Das Chorgericht wurde zur Pflanzschule für die kommunalpolitische Elite, die ihrer ersten und ursprünglichen Aufgabe aber stets verbunden blieb, weil sie das Chorgericht nie verließ. Man kann im Blick auf die Frage nach dem Übergewicht von Staatlichem und Kirchlichem in den Instanzen fast von einer Dominanz der Kirche sprechen: Älteste wurden Ammanner, nicht umgekehrt. Die Kirche durchdrang den Staat personell. Doch sollen die Argumente nicht zu weit getrieben werden. Eine Personalunion in dem dargestellten Sinne läßt sich jedenfalls nicht allein in Begriffen der Staatskirche fassen, sie findet ihren Ausdruck, wenn von einer Identität von geistlicher und politischer Gemeinde gesprochen wird. In der neuen Ehegerichtssatzung von 1533 ist bezeichnenderweise von ‚unser christenlichen gmeind in statt und land' die Rede. Der hier in erster Linie christlich zu verstehende Gemeindebegriff wird auf die Gesamtheit des Staatsvolkes übertragen. Der Staat wird als eine übergroße Kirchengemeinde verstanden." (Schmidt 1989, S. 137)

F. Parallelordnungen und ihre „Paralleljustiz"

Ausgangspunkt unserer Überlegungen zur Pluralität von Normdurchsetzungsregimen war und ist die empirisch belegbare These, dass es in der Funktionslogik einer auf Verwirklichung angelegten Normenordnung liegt, institutionelle Arrangements und Verfahren auszubilden, mit deren Hilfe die Befolgung der jeweiligen Normenordnung gewährleistet und durchgesetzt werden soll. Wir nennen solche Arrangements Normdurchsetzungsregime: Solche Regime müssten – wenn unsere These zutrifft – auch dort anzutreffen sein, wo sich innerhalb einer Mehrheitsgesellschaft sogenannten Parallelgesellschaften herausgebildet haben; der Hannoveraner Kriminologe Christian Pfeiffer (hier zitiert nach Wagner 2011, S. 11) hat diesen Zusammenhang knapp und bündig wie folgt formuliert: „*Es ist typisch für eine Parallelgesellschaft, dass sie auch eine eigene Justiz aufbaut*". Diese auf den Islam gemünzte Aussage Pfeiffers sekundiert die engagierte Berliner Jugendrichterin Kirsten Heisig (Zitat ebenfalls bei Wagner 2011, S. 11) mit der folgenden Bemerkung: „Mich beschleicht … ein ungutes Gefühl, denn das Recht wird aus der Hand gegeben und auf die Straße verlagert oder in ein *paralleles System* verschoben, in dem dann ein Imam oder andere Vertreter des Korans entscheiden, was zu geschehen hat". Bevor wir unseren Gedankengang „Parallelordnungen führen hinsichtlich der Normdurchsetzung zu Parallelinstitutionen" weiter verfolgen, scheint es uns aber ratsam zu sein, kurz über die Angemessenheit des Begriffs „Parallelgesellschaft" nachzudenken, da wir mit dieser Semantik unvermeidlich Teil der überwiegend emotional geführten Integrationsdebatte werden.

I. Zur verminten Parallelgesellschaftssemantik

Wenn man den Begriff der Parallelgesellschaft verwendet, kommt man – ob man will oder nicht – in Teufels Küche (zu den verschiedenen Verwendungsweisen des Begriffs siehe Schiffauer 2008; siehe ferner die Beiträge in Köster 2009). Insbesondere sieht man sich allzu leicht dem Vorwurf ausgesetzt, statt der Ausgrenzungsformel der Ghettoisierung den nicht minder *ausgrenzenden Begriff* der Parallelgesellschaftsbildung zu verwenden, um sich damit – wie es im Untertitel des Köster'schen Buches heißt – an einem *Diskurs „Zur Dramatisierung von Migration"* zu beteiligen (dezidiert in diesem Sinne das Buch *Berlin aufgemischt* von Lanz 2007). Dies wollen wir nicht tun und wir haben auch nicht die Absicht, uns in der seit dem Erscheinen des Buches *Neukölln ist überall* (2012) aus der Feder des Bürgermeisters Heinz Buschkowsky neu entflammten Integrationsdebatte ohne nähere Sachkenntnis zu positionieren.

Deswegen schlagen wir vor, statt von Parallelgesellschaften von *Parallelordnungen* zu sprechen, um damit einmal an unser Oberthema der Pluralität normativer Ordnungen anzuknüpfen und zum anderen unser weniger integrationspolitisches denn rechtssoziologisch-analytisches Interesse zu verdeutlichen; wir können mit diesem Begriff der Parallelordnungen an einen Beitrag von Karsten Fischer (2011) anknüpfen, in dem er das augusteische *principat* als Parallelordnung charakterisiert hat, da Augustus zwar die Herrschaftsform der Republik formal aufrechterhielt, *de facto* aber eine auf ihn zugeschnittene autokratische Herrschaftsordnung etablierte. Damit tat er genau das, was sein späterer Kritiker Machiavelli in seinen *Discorsi* als Strategie empfohlen hatte:

> „Will man einem Staate eine neue Verfassung geben, und soll diese angenommen und zur Zufriedenheit eines jeden erhalten werden, so ist man genötigt, wenigstens den Schein der alten Formen beizubehalten, damit das Volk seine alte Ordnung nicht verändert glaubt, obgleich die neuen Institutionen den früheren ganz fremd sind." (Machiavelli, Discorsi, Erstes Buch, 25. Kapitel)

Karsten Fischer selbst hat diese Täuschungspolitik, unter Bezugnahme auf Christian Meier (1980, S. 273) und Maria Dettenhofer (2000, S. 215) wie folgt kommentiert:

> „Auf diese Weise wurde der ‚Schein der Republik' dauerhaft gewahrt. Machiavelli bevorzugte die offene Aussprache, daß die Republik angesichts von Dekadenz ihrer Träger, des Volkes, vorübergehend durch eine hernach wieder zu überwindende Alleinherrschaft ersetzt werden müsse – ein ideologiehaltiges Argument, das Machiavelli bekanntlich aus dem römischen Republikanismus übernehmen und zumal bei Sallust finden konnte. Dementgegen hatte Augustus ‚ein neues System politischer Machtausübung und Legitimierung errichtet, das die öffentlichen Institutionen, da es mit ihnen um die Aufgabenbereiche konkurrierte und gewissermaßen parallel dazu verlief, auf Dauer unterminiert. Die Grundlagen dieser Parallelordnung waren zwar die gleichen wie die der traditionellen republikanischen Ordnung. Aber Augustus konnte durch seine Übermacht […] die sozio-politische Basis der römischen Ordnung für seine mit der republikanischen Ordnung unvereinbaren Machtansprüche auf eine Weise nutzen, daß sie die Institutionen in ihrer faktischen Bedeutung auf Dauer überrunden konnte.'." (Fischer 2011, S. 49)

Wir wollen aber über diesen Vorschlag eines *semantic shift* noch hinausgehen und für unsere nachfolgenden Überlegungen einen engen Begriff von Parallelordnungen zugrunde legen, der von jemandem formuliert worden ist, der die Redeweise von Parallelgesellschaften eigentlich für unsinnig hält; gemeint ist der Migrationsforscher Klaus J. Bade, der sich in einem SPIEGEL ONLINE-Interview dazu wie folgt geäußert hat:

> „SPIEGEL ONLINE: Die Begriffe der Debatte sind altbekannt: multikulturelle Gesellschaft, Parallelgesellschaften, Leitkultur.
>
> Bade: *Es sind lebende Leichname, die da wieder auftauchen*. Zudem werden Entwicklung und Konzept verwechselt: Ergebnis der Entwicklung ist, dass wir in Deutschland inzwischen eine multikulturelle Gesellschaft haben, ob wir das so wollten oder nicht – Punkt. Die Frage ist, wie man damit umgeht. Kritische Geister haben sich doch schon lange von dem romantischen Konzept verabschiedet, dass Multikulti eine bunte Rutschbahn in ein fröhliches Paradies ist. Kalten Kaffee sollte man nicht immer wieder aufwärmen. Über den *Unsinn der ‚Parallelgesellschaften‘* sollten wir reden – aber um zu zeigen, dass ‚Klein-Istanbul‘ nichts anderes ist als es ‚Little Germany‘ in den USA des 19. Jahrhunderts war. Und die Amerikaner haben sich darüber zeitweise kaum anders aufgeregt.
>
> SPIEGEL ONLINE: Politiker, darunter auch Bundesinnenminister Otto Schily, warnen vor Straßen- und Ortsschildern in fremden Sprachen. Toleranz heiße nicht, Intoleranz zu dulden, sagt Schily.
>
> Bade: Soziale Brennpunkte entstehen aber nicht automatisch da, wo Einwanderer zusammenkommen, sondern wo Einwanderungsprobleme oder ethnische Probleme mit sozialen Problemen zusammentreffen. Parallelgesellschaften im klassischen Sinne gibt es in Deutschland gar nicht. Dafür müssten mehrere Punkte zusammenkommen: *eine monokulturelle Identität, ein freiwilliger und bewusster sozialer Rückzug auch in Siedlung und Lebensalltag, eine weitgehende wirtschaftliche Abgrenzung, eine Doppelung der Institutionen des Staates*. Bei uns sind die Einwandererviertel meist ethnisch gemischt, der Rückzug ist sozial bedingt, eine Doppelung von Institutionen fehlt. Die Parallelgesellschaften gibt es in den Köpfen derer, die Angst davor haben: Ich habe Angst, und glaube, dass der andere daran Schuld ist. Wenn das ebenso simple wie gefährliche Gerede über Parallelgesellschaften so weitergeht, wird sich die Situation verschärfen. Dieses Gerede ist also nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems.“ (Sternberg 2004)

Wir greifen diese Überlegungen Bades gerne auf und werden deshalb ganz konkret danach Ausschau halten, ob sich solche *institutionellen Parallelstrukturen der Normdurchsetzung* identifizieren lassen, und zwar nicht in unserem Kopf, sondern in der gesellschaftlichen Realität.

II. Parallelinstitutionen der Konfliktlösung und der Normdurchsetzung

1. Das Beispiel der Sharia-Gerichte in Großbritannien

Durch einen Hinweis Karsten Fischers sind wir auf den Fall der Sharia-Gerichtsbarkeit in Großbritannien gestoßen, um deren Etablierung es eine große Kontroverse im Jahr 2008 gab. An dieser war unter anderem der damalige Erzbischof von Canterbury, Rowan Williams, beteiligt, der mit einer Äußerung zur möglichen Unvermeidbarkeit solcher Gerichtsbarkeiten für Furore sorgte.

Unter dem *Arbitration Act 1996* waren mehrere Sharia-Gerichte etabliert worden, die zu diesem Zeitpunkt in zivilrechtlichen Angelegenheiten rechtlich bindende Entscheidungen trafen und mehr als 100 Fälle bearbeitet hatten, beispielsweise Scheidungsfälle. Anwälte sprachen unter anderem „grave warnings about the dangers of a dual legal system“ aus, auch von politischen Akteuren wurden Sorgen über die Unterminierung des britischen Rechtssystems geäußert (Edwards 2008).

Drei Dinge machen diesen britischen Fall besonders interessant:

- Erstens haben wir es hier mit einem klaren Fall von *regulierter Selbstregulierung* zu tun. Die *staatliche Rahmenordnung* findet sich im *Arbitration Act 1996*, unter dessen Dach nicht nur die islamischen Arbitration Tribunals fallen, sondern auch die jüdischen Schiedsgerichte, also die „Beth Din“ (zu deren Funktion und Reichweite siehe The Centre for Social Cohesion 2009). In der Einleitungsbestimmung des *Arbitration Act* heißt es wie folgt:

  General principles

  1. The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly
     (a) the object of arbitration is to obtain the *fair resolution of disputes* by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;
     (b) the parties should be *free to agree how their disputes are resolved*, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;
     (c) in matters governed by this Part the court[5] should not intervene except as provided by this Part.

  Daraus ergibt sich ein Zusammenspiel von staatlicher Gerichtsbarkeit und dem Muslim Arbitration Tribunal, der über eigene *procedure rules* verfügt, ein Tribunal, das von Abul Taher wie folgt beschrieben worden ist:

  „Islamic law has been officially adopted in Britain, with sharia courts given powers to rule on Muslim civil cases. The government has quietly sanctioned the powers for sharia judges to rule on cases ranging from divorce and financial disputes to those involving domestic violence. Rulings issued by a network of five sharia courts are *enforceable with the full power of the judicial system*, through the county courts or High Court.

  Previously, the rulings of sharia courts in Britain could not be enforced, and depended on voluntary compliance among Muslims. […] Sheikh Faiz-ul-Aqtab Siddiqi, whose Muslim Arbitration Tribunal runs the courts, said he had taken advantage of a clause in the Arbitration Act 1996. Under the act, the sharia courts are classified as arbitration tribunals. The rulings of arbitration tribunals are *binding in*

---

[5] In Teil IV, Section 105, Absatz 1 heißt es wie folgt: „In this Act the ‚court‘ means the High Court or a country court.“

law, provided that both parties in the dispute agree to give it the power to rule on their case. Siddiqi said: ‚We realised that under the Arbitration Act we can make rulings which can be enforced by county and high courts. The act allows disputes to be resolved using alternatives like tribunals. This method is called *alternative dispute resolution*, which for Muslims is what the sharia courts are.'" (Taher 2008, S. 2)

- Zweitens ist der durch den Arbitration Act von 1996 ermöglichte *Geländegewinn für Parallelinstitutionen der Konfliktlösung* eingebettet in eine rechts- und religionspolitische Diskussion, an der sich nicht nur der *Lord Chief Justice*, sondern vor allem der Erzbischof von Canterbury – Rowan Williams – beteiligt haben. Diese erzbischöfliche *lecture* ist ein bemerkenswertes Dokument: Rowan Williams macht – übrigens unter Heranziehung rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Literatur – Front gegen ein seiner Meinung nach *unzeitgemäßes staatliches Jurisdiktionsmonopol*, da dieses mit den *Realitäten einer pluralistischen Gesellschaft* unvereinbar sei; vielmehr bedürfe es in einer „plural society of overlapping identities" der *Anerkennung von „supplementary jurisdictions"*; nur eine solche Anerkennung – so argumentiert der Erzbischof – könne existierende „communities within the community" aus einer sonst notwendig eintretenden Ghettoisierung hinausführen:

„But if the *reality of society is plural* – as many political theorists have pointed out – this is a damagingly inadequate account of common life, in which certain kinds of affiliation are marginalised or privatised to the extent that what is produced is a *ghettoised pattern* of social life, in which particular sorts of interest and of reasoning are tolerated as private matters *but never granted legitimacy in public* as part of a continuing debate about shared goods and priorities." (Williams 2008)

Seine Forderung, eine eigene Jurisdiktionskompetenz von Religionsgemeinschaften anzuerkennen, stützt er ausdrücklich auf eine Parallele zur Selbstregelungsautonomie von *professions*, von der weiter oben schon ausführlich die Rede war. Rowan Williams hat dazu Folgendes ausgeführt:

„[…] I have been arguing that a defence of an unqualified secular legal monopoly in terms of the need for a universalist doctrine of human right or dignity is to misunderstand the circumstances in which that doctrine emerged, and that the essential liberating (and religiously informed) vision it represents is not imperilled by a loosening of the monopolistic framework. At the moment, as I mentioned at the beginning of this lecture, one of the most frequently noted problems in the law in this area is the reluctance of a dominant rights-based philosophy to acknowledge the *liberty of conscientious opting-out from collaboration in procedures or practices that are in tension with the demands of particular religious groups:* the assumption, in rather misleading shorthand, that if a right or liberty is granted there is a corresponding duty upon every individual to ‚activate' this whenever called upon. Earlier on, I proposed that the criterion for recognising and collaborating with communal religious discipline should be connected with whether a communal jurisdiction actively interfered with liberties guaranteed by the wider society in such a way as definitively to block access to the exercise of those liberties; clearly the refusal of a religious believer to act upon the legal recognition of a right is not, given the plural character of society, a denial to anyone inside or outside the community of access to that right. The point has been granted in *respect of medical professionals* who may be asked to perform or co-operate in performing abortions – a perfectly reasonable example of the law doing what I earlier defined as its job, *securing space for those aspects of human motivation and behaviour that cannot be finally determined by any corporate or social system*. It is difficult to see quite why the principle cannot be extended in other

areas. But it is undeniable that there is pressure from some quarters to insist that conscientious disagreement should always be overruled *by a monopolistic understanding of jurisdiction*.“ (Williams 2008)

- Drittens schließlich erscheint erklärungsbedürftig, warum es zwar in Großbritannien eine so weit gehende Anerkennung von Paralleljurisdiktionen gibt, nicht aber in Frankreich oder Deutschland. John R. Bowen (2010) findet die Erklärung dafür in der *kolonialen Vergangenheit Großbritanniens*: die meisten in England wohnhaften Muslime kämen aus Südostasien und seien es seit den Zeiten der East India Company gewohnt, dass die Kolonialherren eine Politik des *legal pluralism* praktizierten, die insbesondere das indigene beziehungsweise religiöse Familien- und Personenstandsrecht respektiere; bei Bowen heißt es dazu wie folgt:

„This set of ideas and institutions has carried over into the practices and approaches of South Asian Muslims who moved to England. These Muslims brought with them ideas and habits about personal status that had been *developed under British rule of the Indies*. They assumed that Muslims worked out matters of marriage and divorce among themselves, without the need for state intervention. Islamic scholars creating shariah councils in England drew from their own experiences in South Asia. In effect they *brought colonial ideas of personal status back home to their legal source.* […]

The ideas brought to England by South Asians, however, represented a *sharp challenge to English ideas of a uniform English law*. If Muslims handled marriage and divorce themselves, then the civil courts would, in effect, cede territory to them. Yet for some Muslims, doing so flowed from colonial practices. ‚Why don't they just let us take care of these matters,' said one Pakistani scholar to me in London; ‚after all, that's what they did in colonial days.' Understandably, English judges are reticent to take this step. […]

This *double set of post-colonial continuities* – in treatment of religions and of personal status laws – made England a particularly likely place for debates about the possibility of recognizing elements of Islamic family law in a Western legal system. These debates arose because of institutional initiatives taken by Muslim public actors starting in the 1980s.“ (Bowen 2010, S. 417 f.)

2. Das zweite Beispiel: Islamische Schlichtungsverfahren in Deutschland

Was das deutsche Beispiel betrifft, so geht es hier nicht um das Wirken von staatlich akzeptierten Shariah-Tribunals, sondern um die Schlichtung von Konflikten zwischen Angehörigen islamischen Glaubens durch einen Kreis von Personen – seien dies Rechtsanwälte, Imame oder Familienoberhäupter – die man unter der Funktionsbezeichnung *Streitschlichter oder Friedensrichter* zusammenfassen könnte. Ihre Tätigkeit ist Gegenstand des 2011 erschienenen Buches *Richter ohne Gesetz* von Joachim Wagner, das durch seinen Untertitel „Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtstaat“ (Wagner 2011) zeigt, um welche Sorge es dem Verfasser geht. Ob diese These – für die in der Tat viele der von Wagner recherchierten Fakten sprechen – wirklich zutrifft, ist hier nicht unser Thema; uns interessiert vielmehr, wie sich die von Wagner und anderen beobachtete Tendenz zur *islaminternen Konfliktlösung an der staatlichen Justiz vorbei* eigentlich erklären lässt. Die von Wagner

präsentierten Gründe sind durchweg des Nachdenkens wert und sollen hier daher kurz benannt werden:

- Ein erster wichtiger Gesichtspunkt ist der *hohe Stellenwert*, welcher *der Wiedergutmachung* – vor allem in Gestalt einer finanziellen Kompensation – im islamischen Rechts- und Kulturkreis zukommt. Diese Wiedergutmachung wird nicht etwa zwischen Täter und Opfer – also Individualpersonen – ausgehandelt, sondern – und dies ist der zweite wichtige Gesichtspunkt – *zwischen den beteiligten Familien*; zu dieser zentralen Bedeutung des Familienverbandes, auf die wir gleich noch einmal zurückkommen werden, heißt es bei Wagner wie folgt:

  > „Die Wiedergutmachung ist ein zentraler Gedanke des islamischen Strafrechts. Für den Islamrechtler Mathias Rohe ist er Ausdruck ‚einer Gesellschaftsordnung, die auf einem Wirtschaften in *Großfamilienverbänden* […] ohne soziale Absicherung basiert' […].
  >
  > Erstaunlich ist, dass Ehrenmord und Blutrache in der muslimischen Parallelgesellschaft hierzulande überlebt haben, obwohl ihre Voraussetzungen seit langem entfallen sind. In Ländern ohne staatliche Ordnung *hatte die Großfamilie die Schutzfunktion von Polizei und Justiz zu übernehmen.* Und dabei spielte die Blutrache *eine disziplinierende Rolle.*" (Wagner 2011, S. 18, 23 f.)

- Die *maßgeblichen Akteure der Konfliktlösung am Staat vorbei sind die Familien*, so dass wir es – wie man es nennen könnte – mit einer Entindividualisierung der Konflikte zu tun haben; Wagner spricht daher auch nur noch von Täterfamilien und Opferfamilien:

  > „*Nach einer Straftat entscheiden die betroffenen Familien* von Fall zu Fall, ob sie direkt miteinander verhandeln oder einen Schlichter einschalten. Die Initiative geht meist *von der Täterfamilie* aus, weil die ein Interesse daran hat, dass der Sohn, Bruder oder Cousin straffrei bleibt. Bei direktem Kontakt wendet sich der Vater oder der älteste Bruder an sein Pendant bei der *Opferfamilie*. Das funktioniert in der Regel dann nicht mehr, wenn ein Tatverdächtiger bereits in Untersuchungshaft sitzt oder das Opfer schwerverletzt im Krankenhaus liegt. Dann ist das Klima zwischen den Familien meist so nachhaltig gestört, dass die Täterfamilie *einen neutralen Schlichter* beauftragt. Die Ziele bei solchen Gesprächen sind fast immer dieselben: Das Opfer soll auf keinen Fall die Polizei informieren, möglichst keine Strafanzeige stellen oder, wenn dies bereits geschehen ist, diese zurücknehmen. Ist die Polizei eingeschaltet, etwa durch eine Strafanzeige, geht es darum, das Opfer von einer Aussage abzubringen." (Wagner 2011, S. 30 f.)

- Es kann nach diesen Vorüberlegungen nicht überraschen, dass der in der Diskussion über die Existenz und die Bewertung sogenannter Parallelgesellschaften immer wieder bemühte Begriff der Ehre familiär konnotiert ist: Ehre ist Familienehre; auch zu diesem Befund äußert sich Wagner – bezugnehmend auf das Phänomen der Blutrache – mit deutlichen Worten:

  > „Im orientalischen Kulturkreis hat die Ehre zwei Aspekte: zum einen die Achtung einer Person durch die Öffentlichkeit als jemand, der die tradierten Regeln einhält und dafür sorgt, dass dies auch seine Familienmitglieder tun, zum andern die durch Leistungen und Verdienste erworbene allgemeine Wertschätzung.
  >
  > In muslimischen Ländern ‚steht die Ehre in der Wertskala der Tugenden an oberster Stelle, also noch über Leben, Leib, Freiheit und Vermögen'. *Dieser Ehrbegriff hat sich bis heute erhalten und ist als Verhal-*

tenskompass in der Diaspora lebendig. Er ist ein zentraler Schlüssel für das Verständnis der muslimischen Parallelgesellschaft in Deutschland." (Wagner 2011, S. 23)

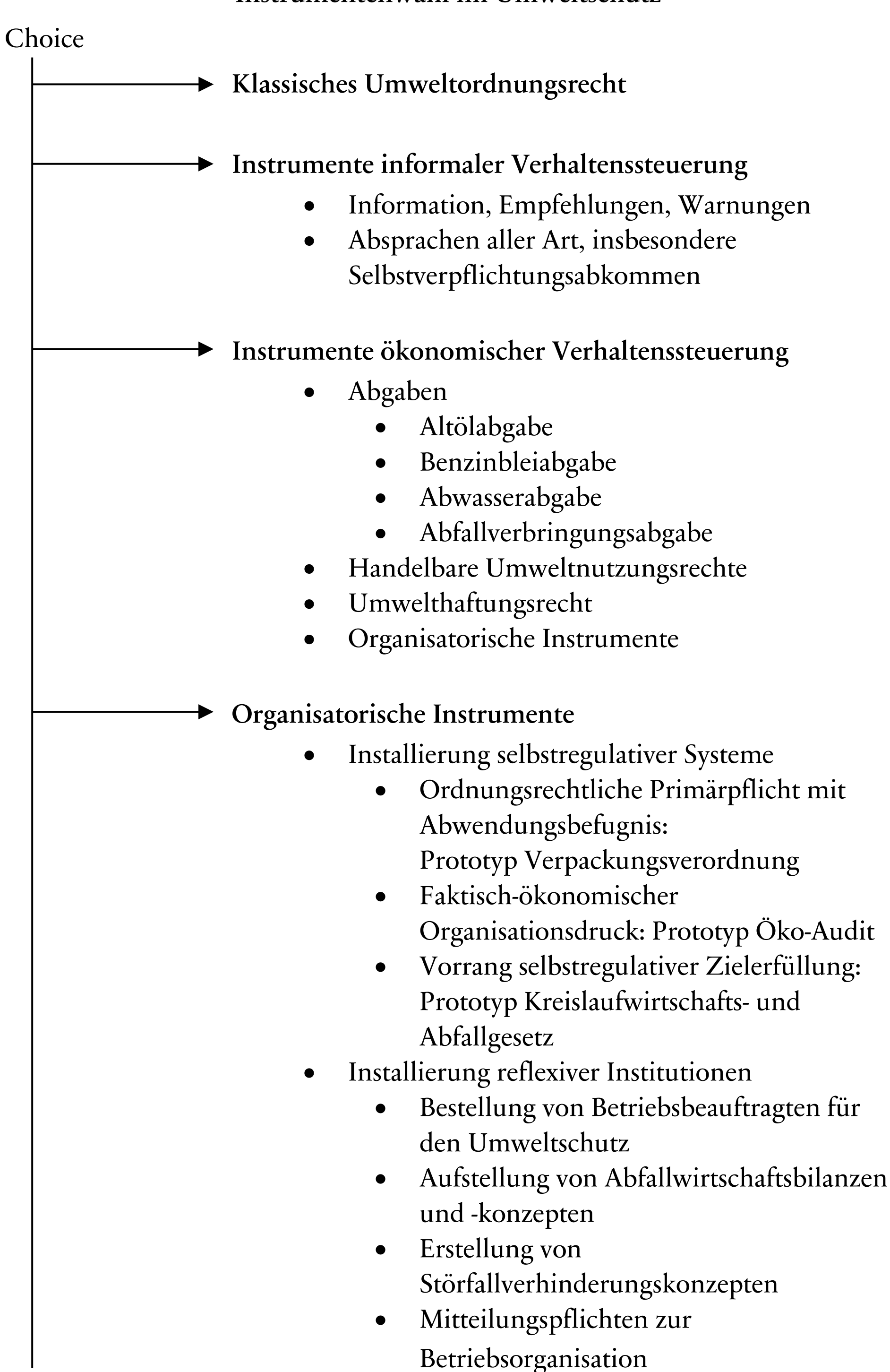
- Wenn wir diese Passagen noch einmal Revue passieren lassen, so drängen sich zwei Folgerungen geradezu auf. Einmal gehören *die Großfamilien* eigentlich zu den im ersten Teil ausführlich behandelten *Governance-Kollektiven*; wenn sich dies so verhält und in dem Governance-Kollektiv der Großfamilie der Ehrbegriff eine so zentrale Rolle spielt,[6] dann liegt es – wegen der Rolle von Familienmitgliedern als Wächtern der Normeinhaltung – nahe, *die Familie auch als Instanz der Normdurchsetzung* in den Blick zu nehmen. Darauf sollte hier – im Sinne der notwendigen Verwendung eines Weitwinkelobjektivs – aufmerksam gemacht werden.

G. Normdurchsetzung durch institutionalisierte Compliance

I. Compliance als Erscheinungsform reflexiver Steuerung

Die Umweltschutzpolitik galt lange Zeit als Laboratorium für neue Steuerungsinstrumente und hat in dieser Eigenschaft stets das besondere Interesse einer steuerungstheoretisch interessierten Verwaltungsrechtswissenschaft gefunden (siehe etwa Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem 2004). Insbesondere das *Instrumentenarsenal des Umweltrechts* – unter D.I. sind wir schon auf das Beispiel umweltrechtlicher Regelungen im Europarecht für die Mobilisierung der Bürger zur Durchsetzung dieses Rechts eingegangen – hat Verwaltungswissenschaft wie Verwaltungspraxis intensiv beschäftigt: Ein hilfreicher Überblick dazu findet sich etwa in den von Gertrude Lübbe-Wolff (2001) präsentierten *Instrumentenkasten*, den wir unter Einbeziehung eigener Überlegungen seitdem wiederholt in folgender Form vorgestellt haben (nach Schuppert 2003b, S. 32):

[6] Zur Rolle der sogenannten Offiziersehre siehe ausführlich Kapitel II, S. ■■ 120ff.


Instrumentenwahl im Umweltschutz
Choice
Klassisches Umweltordnungsrecht
Instrumente informaler Verhaltenssteuerung
Information, Empfehlungen, Warnungen
Absprachen aller Art, insbesondere Selbstverpflichtungsabkommen
Instrumente ökonomischer Verhaltenssteuerung
Abgaben
Altölabgabe
Benzinbleiabgabe
Abwasserabgabe
Abfallverbringungsabgabe
Handelbare Umweltnutzungsrechte
Umwelthaftungsrecht
Organisatorische Instrumente
Organisatorische Instrumente
Installierung selbstregulativer Systeme
Ordnungsrechtliche Primärpflicht mit Abwendungsbefugnis: Prototyp Verpackungsverordnung
Faktisch-ökonomischer Organisationsdruck: Prototyp Öko-Audit
Vorrang selbstregulativer Zielerfüllung: Prototyp Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
Installierung reflexiver Institutionen
Bestellung von Betriebsbeauftragten für den Umweltschutz
Aufstellung von Abfallwirtschaftsbilanzen und -konzepten
Erstellung von Störfallverhinderungskonzepten
Mitteilungspflichten zur Betriebsorganisation

Innerhalb dieses Sets von Instrumenten hat uns stets der *Typus der reflexiven Institution* interessiert, der als Instrument der von Matthias Schmidt-Preuß sogenannten *reflexiven Steuerung* fungiert, ein Steuerungsmodus, der von ihm wie folgt beschrieben worden ist: „Sie [die reflexive Steuerung, G. F. S.] ist dadurch gekennzeichnet, daß der Staat private Wirtschaftssubjekte internen *Informations-, Lern- und Selbstkontrollprozessen* aussetzt, die sie zu den gewünschten *Gemeinwohlbeiträgen* – gleichsam aus freier Einsicht – veranlassen sollen. Induktiv wirkt hier *Selbsterkenntnis, nicht Fremdbestimmung*" (Schmidt-Preuß 1997, S. 192). Worum es also bei dieser Technik der Gemeinwohlförderung durch reflexive Steuerung geht, ist, privatwirtschaftliches Gemeinwohlverhalten nicht von außen zu erzwingen oder Fehlverhalten zu sanktionieren, sondern die Verhaltensanreize in der Organisation selbst zu implantieren und dadurch die Grenze zwischen Fremd- und Eigenkontrolle gewissermaßen zu untertunneln.

Mit der reflexiven Steuerung korrespondiert auf Unternehmensseite die Pflicht zur Selbstkontrolle: Compliance. Wenn wir selbst diesen Tunnel nun also benutzen und auf der Seite der Unternehmen angekommen sind, so können wir vor Ort einen näheren Blick auf Begriff und Funktionen von Compliance werfen.

II. Begriff und Funktionen von Compliance

1. Der Begriff der Compliance

Was den Begriff von Compliance betrifft, so bereitet er keine Schwierigkeiten, da der damit bezeichnete Sachverhalt eigentlich ziemlich klar ist und sich wie folgt beschreiben lässt:

> „Compliance stellt bei Lichte gesehen eine Selbstverständlichkeit dar – nämlich schlicht die Pflicht, bestehende Vorschriften einzuhalten. Diese jedermann treffende Pflicht gilt natürlich auch für alle arbeitsteiligen Organisationen, insbesondere auch juristische Personen, ohne dass dies bislang einer besonderen Erwähnung bedurft hätte. Compliance drückt dabei lediglich die auf Organisationen übertragene Pflicht aus, dafür zu sorgen, dass Rechtsverstöße durch die Organisation (bzw. Unternehmen oder juristische Person) unterbleiben. Dies mag man als Ausdruck der etwas euphemistisch bezeichneten Legalitätspflicht, als Element der in § 91 AktG statuierten Pflicht zum Risikomanagement oder gar als Ausfluss der Anforderungen im Außenverhältnis (§ 130 OWiG) dieser Organisationspflicht ansehen; *der Inhalt, nämlich die arbeitsteilige Organisation so zu strukturieren, dass möglichst keine Rechtsverstöße von ihr ausgehen, bleibt der Gleiche*. Dementsprechend besteht Einigkeit, dass der Vorstand das Unternehmen den gesetzlichen Bestimmungen gemäß zu organisieren und zu führen hat." (Spindler 2013, S. 293 f.)

Wem das alles zu wortreich ist, der wird dem nachfolgenden Definitionsversuch vorziehen, der sich auf die Befolgung von strafrechtlichen Normen – *criminal compliance* (CC) – bezieht und mit nur einem Satz auskommt:

> „Begreift man in einer ersten Annäherung unter Compliance die schiere Befolgung von (nicht nur rechtlichen) Normen (‚to comply with'), so läßt sich CC als Inbegriff jener Regeln, Verfahren und

Techniken verstehen, durch die insbesondere Unternehmen die Einhaltung der geltenden strafrechtlichen Normen durch ihre Mitarbeiter sowie die Aufklärung und eventuelle Sanktionierung von strafrechtlich relevanten Regelverstößen sicherstellen wollen" (Saliger 2013, S. 263 f.).

2. Funktionen von Compliance

Was die Funktion von Compliance angeht, so verfügen wir dazu in dem soeben schon zitierten Beitrag von Frank Saliger über „Grundfragen von Criminal Compliance" über einen hervorragenden Überblick; er unterscheidet *eine Hauptfunktion* und *mehrere Unterfunktionen*, und zwar in so klarer und einleuchtender Weise, dass wir uns seinen Erläuterungen gerne anvertrauen.

- Was zunächst die Hauptfunktion angeht, so besteht sie in der Vermeidung aller rechtlichen Haftungsrisiken:

  „Übereinstimmung herrscht, soweit ersichtlich, hinsichtlich der rechtlichen Grund- oder Hauptfunktion von CC, nämlich der Vermeidung von ‚strafrechtlicher Haftung'. Die Grundfunktion entspricht der Kernbedeutung der eingangs gegebenen Begriffsbestimmung von CC. Die Rede von einer strafrechtlichen Haftung ist dabei im Strafrecht eher ungebräuchlich. Sie erklärt sich genetisch aus der Entstehung der Compliance-Idee in Deutschland aus dem Wirtschaftsrecht mit der dort weitergehenden Funktion einer *Vermeidung aller rechtlichen Haftungsrisiken* und systematisch aus dem Charakter von CC als Unterfall der allgemeinen Compliance-Idee. Löst man sich von dem Bezug auf eine ‚strafrechtliche Haftung', so kann man die Grundfunktion von CC auch als *Vermeidung strafbewehrter Normverletzungen* beschreiben." (Saliger 2013, S. 266)

- Was nun die *Unterfunktionen* angeht, so lassen sich die folgenden drei unterscheiden:
  - die Präventionsfunktion
  - die Aufklärungs- und Sanktionierungsfunktion sowie
  - die Überwachungsfunktion.

  Zur Präventionsfunktion, die unseres Erachtens von besonderer Bedeutung ist, heißt es bei Saliger wie folgt:

  „Die Präventionsfunktion ist […] die weitestgehende Funktion von CC. Denn sie setzt die Grundfunktion von CC dadurch um, dass sie präventive Regeln aufstellt, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit antizipieren sollen. Dazu verfährt CC anders als das Strafrecht grundsätzlich prospektiv, nicht retrospektiv. Dieser Zukunftsbezug bedingt, dass CC primär den Aufweis jenes sicheren Hafens bezweckt, in dem der Normadressat sich mit Gewissheit nicht strafbar macht. Das wiederum ist nur möglich, wenn die Präventivfunktion von CC deutlich vor der Erfüllung strafrechtlicher Tatbestände ansetzt. Insoweit kann CC es sich nicht leisten, ‚dem Unternehmen riskante strafrechtliche Gratwanderungen zu ermöglichen'. Vielmehr zielt CC in nicht unproblematischer Weise auf das Verbot und die Strukturierung von Verhalten, das bereits im Vorfeld gesetzlicher Straftatbestände angesiedelt ist." (Saliger 2013, S. 267)

- Für ein effektives Compliance-System ist es unverzichtbar, Normverstöße aufzuklären und auch zu sanktionieren; bei Saliger heißt es zu dieser *Aufklärungs- und Sanktionierungsfunktion* wie folgt:

> „Die Aufstellung und Implementierung präventiver CC-Regeln in einem Unternehmen bewirkt freilich dann noch keine effektive Compliance, wenn Hinweisen auf Verstöße gegen diese Regeln weder unternehmensintern nachgegangen wird noch Verstöße eine Sanktionierung erfahren. Auch CC-Regeln bedürfen daher der unternehmensinternen Durchsetzung. Der Vermeidung einer bloßen, auf Prävention beschränkten ‚Schönwetter-Compliance' dienen die Funktionen der Aufklärung sowie Sanktionierung von strafrechtlich relevanten Regelverstößen. Die Funktion der Aufklärung erfolgt primär durch Regeln der formellen CC in Gestalt u. a. von sog. internen Untersuchungen (internal investigations). Die Funktion der unternehmensinternen Sanktionierung können arbeits- und disziplinarrechtliche Regeln (z. B. Abmahnung, Versetzung, Kündigung) erfüllen." (Saliger 2013, S. 267 f.)

- Bleibt noch die Erläuterung der *Überwachungsfunktion* von Compliance, die wir ebenfalls Frank Saliger überlassen wollen:

> „Übereinstimmung herrscht auch hinsichtlich einer weiteren Funktion von Compliance bzw. CC. So ist konsentiert, dass eine effektive Erfüllung der Aufklärungs- und Sanktionierungsfunktion von CC nur möglich ist, wenn der Unternehmensleiter seine Mitarbeiter auch zu überwachen hat. Diese Überwachungsfunktion von CC ergibt sich ebenfalls indirekt aus § 130 Abs. 1 OWiG. Denn § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG bebußt Aufsichtspflichtverletzungen der Inhaber von Betrieben und Unternehmen, wobei § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen rechnet. Obwohl § 130 OWiG zu Art und Ausmaß der konkreten Überwachung keine näheren Vorgaben macht und demgemäß Unsicherheiten in der Rechtsanwendung bestehen, wird man angemessene Compliance-Auditprogramme oder Whistleblowing-Systeme als zielführende Maßnahmen zur Umsetzung der Überwachungsfunktion ansehen dürfen." (Saliger 2013, S. 268)

Nachdem wir nunmehr eine Vorstellung davon haben, worum es bei Compliance geht (zur unternehmensinternen Wissensordnung als Faktor der Normbefolgung siehe ergänzend Roland Broemel 2013), wollen wir – was aus der Perspektive dieses Kapitels besonders wichtig ist – einen Blick auf Compliance als staatliches Rechtsdurchsetzungsinstrument werfen.

3. Compliance als Instrument der Selbstregulierung und Privatisierung von Strafverfolgung

Diese Funktion von Compliance ist für uns die wichtigste und spannendste Compliance-Funktion, benennt sie doch eine spezifische staatliche Steuerungstechnik, die wir weiter oben als *reflexive Steuerung* bezeichnet haben, die das Unternehmen selbst zum Agenten der Vermeidung von strafrechtlichen Normverletzungen werden lässt; auch dazu finden sich bei Frank Saliger Ausführungen, denen wir nur zustimmen können:

> „Von besonderer Relevanz ist Compliance für die staatliche Strafverfolgung als Instrument der Selbstregulierung und Privatisierung von Strafverfolgung. Gewisse Formen der Kriminalität wie die Kriminalität in und aus Unternehmen, Betrieben und sonstigen gesellschaftlichen Subsystemen sind der staatlichen Strafjustiz seit jeher nur schwer zugänglich. Dieses strukturelle Problem staatlicher Strafverfolgung hat sich durch die unzureichenden sachlichen und personellen Ressourcen der Strafjustiz in der Gegenwart noch verschärft. In dem Maße, wie damit die klassische Fremdsteuerung durch Strafrecht in Gestalt hoheitlich ermittelter und sanktionierter Einzelpersonen in Frage gestellt wird, gewinnt die Selbstregulierung der Kriminalprävention durch unternehmensinterne CC-Programm,

interne Erhebungen und disziplinarische Sanktionierung zunehmend an Bedeutung. Das erklärt die Inflation von bereichsspezifischen Rechtsnormen mit Compliance-Funktion.

Für den Staat bedingt diese Förderung der (Teil-)Privatisierung der Strafverfolgung zwei Vorteile. Zum einen entlastet der Staat sich teilweise von den Kosten der Strafverfolgung, indem er die Unternehmen etwa in Gestalt von Überwachungssystemen oder internen Erhebungen für die Durchsetzung des geltenden Recht [sic!] in die Pflicht nimmt und damit Kostenlasten auf die Unternehmen überwälzt. Zum anderen sind es vielfach jene (Zwischen-)Ergebnisse unternehmensinterner Untersuchungen, die staatliche Strafverfolgung überhaupt erst ermöglichen oder zumindest deutlich erleichtern.“ (Saliger 2013, S. 277 f.)

H. Zur Problematik rechtlich nicht disziplinierter Sanktionsmodi und Sanktionsmaßstäbe: Erscheinungsformen und Akteure

I. Erzwingung normkonformen Verhaltens durch Verhängung thematischer und sprachlicher Tabus: *political correctness*

1. Eine kleine Geschichte zur Einführung

Die kleine, nun zu erzählende Geschichte enthält eigentlich *in nuce* schon all das, was man über die Funktionsweise von *political correctness* wissen muss; sie findet sich in dem Roman *Der menschliche Makel* von Philip Roth (2000b), dessen Protagonist, der Literaturprofessor Coleman Silk beim Durchgehen der Anwesenheitsliste seines Seminars eine Formulierung gebrauchte, die ihm als rassistisch angekreidet wurde:

„Das Seminar hatte vierzehn Teilnehmer. Um die Namen seiner Studenten zu lernen, ging Coleman jeweils zu Beginn der Sitzungen die Anwesenheitsliste durch. Fünf Wochen lang kam auf zwei der Namen, die er verlas, keine bestätigende Antwort, und so fragte Coleman am Anfang der sechsten Sitzung: ‚Kennt jemand diese Leute? Hat sie schon mal jemand im College gesehen, oder *sind es dunkle Gestalten, die das Seminarlicht scheuen?*‘

Später an jenem Tag wurde er zu seiner Verwunderung ins Büro seines Nachfolgers, des neuen Dekans, gebeten und mit dem *Vorwurf des Rassismus* konfrontiert, den die beiden abwesenden Studenten – es handelte sich um Schwarze – gegen ihn erhoben. Obgleich abwesend, hatten sie rasch von der Bemerkung erfahren, mit der er ihr Fehlen kommentiert hatte. Coleman antwortete dem Dekan: ‚Das war eine Anspielung auf ihre möglicherweise nachtaktive Lebensweise. Das liegt doch wohl auf der Hand. Diese beiden Studenten haben an keiner einzigen Sitzung teilgenommen – das war das einzige, was ich von ihnen wußte. Es sollte eine ironische Bemerkung sein. Ich hatte keine Ahnung, welche Hautfarbe sie haben, und mir war nicht bewußt, daß das als Anspielung auf ihre Hautfarbe verstanden werden könnte, sonst hätte ich dieses Wort gewiß nicht gebraucht, denn ich nehmen große Rücksicht auf die Gefühle meiner Studenten. Bedenken Sie den Kontext: Hat sie schon mal jemand im College gesehen, oder sind es dunkle Gestalten, die das Seminarlicht scheuen? Der Vorwurf des Rassismus ist an den Haaren herbeigezogen. Lachhaft. Meine Kollegen wissen, daß er lachhaft ist, und meine Studenten wissen, daß er lachhaft ist. Das Thema, das einzige Thema, um das es hier gehen kann, ist das Nichterscheinen dieser beiden Studenten und ihre eklatante und unentschuldbare Weigerung, akademisch zu arbeiten. Das Widerwärtige an dieser Sache ist, daß die Anschuldigung nicht

> einfach falsch ist – sie ist so offenkundig falsch.‘ Nachdem er also genug zu seiner Verteidigung gesagt hatte, betrachtete Coleman die Angelegenheit als erledigt und fuhr nach Hause.“ (Roth 2000b, S. 14 f.)

Die Angelegenheit war damit aber keinesfalls erledigt; nachdem es zu einem Verfahren vor den zuständigen College-Gremien gekommen war, veranlassten die von ihm dabei gemachten Erfahrungen Silk, aus dem Universitätsdienst auszuscheiden; in der nunmehr folgenden Szene denkt er noch einmal darüber nach, was ihm eigentlich widerfahren ist und identifiziert als treibende Kraft hinter dem ganzen Geschehen eine *ur-amerikanische Tugendhaftigkeit von tyrannischer Unerbittlichkeit*:

> *„Anständig. Das aktuelle Codewort*, mit dem praktisch jede Abweichung vom Pfad der Schicklichkeit verhindert wurde, damit alle sich ‚wohl fühlen‘ konnten. Er sollte nicht das tun, was man glaubte, daß er tat, sondern das, was Gott weiß welchen Moralphilosophen passend erschien. […] Wenn er hier noch Professor gewesen wäre, hätte er ein Seminar zu Thema ‚Angemessenes Verhalten im klassischen griechischen Drama‘ veranstalten können, ein Seminar, das beendet gewesen wäre, bevor es überhaupt begonnen hätte.
>
> […] Vom architektonischen Wahrzeichen des Colleges, dem sechseckigen Uhrenturm der North Hall, […] schlug es zwölf, als Coleman sich auf eine Bank im Schatten der berühmtesten altersknorrigen Eiche des Gevierts setzte und versuchte, in Ruhe über die Zwänge der Schicklichkeit nachzudenken. Über die *Tyrannei der Schicklichkeit*. Mitte des Jahres 1998 fiel es selbst ihm schwer, an die Ausdauer amerikanischer Schicklichkeit zu glauben, und er war doch immerhin derjenige, der sich von ihr tyrannisiert fühlte: Die Zügel, dachte er, die sie noch immer der öffentlichen Rede anlegt, die Inspiration, die sie der verlogenen Selbstdarstellung liefert, die Beharrlichkeit, mit der sie allenthalben ihre kastrierende Tugendhaftigkeit vor sich her trägt, eine *Tugendhaftigkeit*, die H. L. Mencken mit bloßer Idiotie gleichgesetzt hat, die für Philip Wylie ein Ausdruck ödipaler Mutterfixierung war, die von Europäern gänzlich unhistorisch als Puritanismus bezeichnet wird, die ein Ronald Reagan und seinesgleichen als einen der amerikanischen Grundwerte betrachten und die nach wie vor weitreichende Geltung besitzt, weil sie sich als etwas anderes maskiert – als alles andere. *Schicklichkeit ist eine vielgestaltige Kraft*, eine Domina in tausend Verkleidungen, die den Geist, wenn es sein muß, in Form eines Eintretens für staatsbürgerliches Verantwortungsgefühl, für die weiße, angelsächsisch-protestantische Würde, für die Rechte der Frauen oder den Stolz der Schwarzen, für das Bewußtsein der ethnischen Zugehörigkeit oder die emotionsgeladene ethische Empfindsamkeit der Juden infiltriert.“ (Roth 2000b, S. 175 f.)

Besonders stört ihn dabei das krasse Missverhältnis zwischen den wahren Problemen dieses Jahrhunderts und dem Luxus, sich über vermeintliche Verstöße gegen *political uncorrectness* zu erregen:

> „Ein Jahrhundert einer in diesem Umfang nie dagewesenen Zerstörung ist über die menschliche Rasse gekommen – viele Millionen ganz normaler Menschen sind verdammt, Entbehrungen über Entbehrungen, Grausamkeiten über Grausamkeiten, Unheil über Unheil zu erdulden, die halbe Menschheit oder mehr ist einem als Gesellschaftspolitik getarnten pathologischen Sadismus ausgeliefert, ganze Gemeinwesen sind durch die Angst vor gewaltsamer Verfolgung organisiert und eingeengt, die Entwürdigung des einzelnen wird in einem nie gekannten Maße ins Werk gesetzt, Nationen werden von ideologischen Kriminellen, die ihnen alles rauben, zertrümmert und versklavt, ganze Bevölkerungen sind so demoralisiert, daß sie nicht imstande sind, sich morgens zu erheben, weil sie nicht den leisesten Wunsch haben, sich diesem Tag zu stellen… Dieses Jahrhundert erlegt uns all diese schrecklichen Prüfungen auf, und hier empört man sich über Faunia Farley [Silks Geliebte, G. F. S.]. Hier in

> Amerika geht es um Faunia Farley oder Monica Lewinsky! Welch ein Luxus, sich über das unangemessene Verhalten von Clinton und Silk derart erregen zu können […]. Ich bin nicht einfach deshalb verdorben, weil ich in einem Seminar vor lauter weißen Studenten einmal die Wörter ‚dunkle Gestalten' gebraucht habe – und zwar nicht im Zusammenhang mit der Untersuchung des Erbes der Sklaverei, des Wütens der Black Panther, der Metamorphosen von Malcom X, der Rhetorik von James Baldwin oder der Popularität der Radioshow Amos'n'Andy, sondern beim Vorlesen der Anwesenheitsliste." (Roth 2000b, S. 176 f.)

Das *Anliegen* von PC, die Situation von Minoritäten und Ausgegrenzten zu verbessern, indem auf abwertende, verletzende oder auf andere Weise schädliche Kategorisierungen und Bezeichnungen hingewiesen wird – mit dem Ziel ein *Umdenken* und einen *Einstellungswandel* gegenüber den Betroffenen zu erreichen –, ist ohne Abstriche zu unterstützen. Allerdings kann leicht ein Aktivismus entstehen, der selbst wieder in Kategorisierung und allzu schnelle Dichotomisierung zurückfällt und damit seinem Eigeninteresse keinen Gefallen tut, da er die Widerstände gegen sein im Grunde richtiges Anliegen erhöht. Dies ist der Punkt, an dem PC von einem Begriff der Versöhnung sozialer Ungleichheiten zu einem Kampfbegriff mit teils gegenteiligem Effekt wird. Wenn man die kleine Geschichte von Roth noch einmal Revue passieren lässt, so treten bei ihr drei Kernelemente des Damoklesschwerts einer ungebremsten *political correctness* hervor:

- Bezeichnend für das Phänomen der *political correctness* ist, dass Auseinandersetzungen über politische und gesellschaftliche Sachverhalte als *semantische Kämpfe* ausgetragen werden: Man darf bestimmte Dinge entweder gar nicht oder jedenfalls so nicht sagen. „In PC-Aktionen äußert sich ein ungewöhnlich starker Drang der Beteiligten, *das Sprach- und Sozialverhalten anderer zu regulieren*. Oft fallen die Akteure durch Aggressivität, distanzlose Humorlosigkeit und Kompromisslosigkeit der Beteiligten auf" (Wimmer 1998, S. 44). *Political correctness* – so kann man es treffend zusammenfassen – fungiert als ein *„creator of discursive taboos"* (Johnson und Suhr 2003, S. 56); insoweit gehört *political correctness* mit ihrer Tendenz, gewisse Ausdrucksweisen und Begriffe zu *stigmatisieren* in den größeren thematischen Zusammenhang von politischer Kultur als *Kommunikationskultur* (zur Kommunikationskultur als Teil politischer Kultur ausführlich Schuppert 2008b).

- Die darüber urteilende Instanz, was politisch korrekt ist oder was eben nicht – Verwendung von Begriffen wie Zigeuner (→ Zigeunerschnitzel), Neger (→ Negerkuss), „einen Schlussstrich unter die NS-Vergangenheit ziehen" und so weiter und so fort – ist eine *moralisch urteilende Instanz*. Dieter E. Zimmer hat in seinem Zeit-Artikel vom 22. Oktober 1993 anschaulich von dem „moralischen Furor" gesprochen, der das PC-Denken befeuere und zu Recht dieses Denken als klassisches Freund-Feind-Denken identifiziert:

  > „Die PC ist *unbarmherzig dichotomisch*: Was nicht politisch korrekt ist, ist eben unkorrekt. Grauzonen des Zweifels räumt sie nicht ein, Zickzackprofile gehen über ihren Horizont: Wer das Lager der PC in einem Punkt verläßt, wird sofort in das des Feindes eingewiesen. Sie ist zudem durch und durch mo-

ralisch: Das Inkorrekte ist nicht nur falsch, es ist böse. Da hat sie sich eine wunderbare Unschuld bewahrt: Daß die größte Rechtschaffenheit manchmal nur Schlimmes anrichtet und daß manchmal leider Schlimmes geschehen muß, um Schlimmeres zu verhüten, ist ihr noch nie aufgefallen" (Zimmer 1993, S. 60).

- Drittens schließlich zeigt sich in der Geschichte von Coleman Silk das uns besonders beschäftigende Phänomen, dass *political correctness* mit dem sonst sehr hilfreichen *Maßstab der Verhältnismäßigkeit* offenbar nur schwer, wenn überhaupt beizukommen ist. Diese „Gnadenlosigkeit" und tendenzielle Maßlosigkeit des PC-Denkens ist von Dieter E. Zimmer in seinem soeben schon zitierten Artikel ebenso gnadenlos aufgespießt worden, wenn er dazu Folgendes notiert (was wir hier nur auszugsweise wiedergeben):

„Wie zuverlässig und präzis – und wie gnadenlos – die PC in Deutschland funktioniert, konnte jedermann letzthin beobachten, als sie nacheinander vier Schriftsteller erledigte, die ihre ungeschriebenen Vorschriften verletzt hatten, vier Schriftsteller, die lange Jahre, jeder auf seine Weise, selber viel zum Prestige der PC beigetragen hatten und von denen man denken sollte, daß sie sich selbst dann Anspruch auf eine gewisse Achtung, und sei es in Form unvoreingenommener Aufmerksamkeit, verdient hätten, wenn sie [...] einmal irren sollten.

Fast über Nacht aber wurden sie ‚verloren gegeben', wie eine verräterische Formulierung aus dem Lager der PC lautete. Auf grob deutsch gesagt: Sie gerieten bei allen politisch Rechtgläubigen in Verschiß. Die Rede ist natürlich von Martin Walser, Wolf Biermann, Botho Strauß und Hans Magnus Enzensberger.

Walser wurde *exkommuniziert* (schönes Wort das: Man stellte die innergemeindliche Kommunikation mit ihm ein), als er zu einer Zeit, da der Abbruch des sozialistischen Lagers zwar schon eingeleitet, aber noch nicht absehbar war, in der ZEIT überraschend mit dem Bekenntnis an die Öffentlichkeit trat, er habe Mühe, die deutsche Teilung innerlich auf Dauer zu akzeptieren. Seitdem ist er ein ‚Nationalist'. Daß sein so hirnverbrannt und gefährlich unrealistischer Wunschtraum dann plötzlich wahr wurde, brachte die *Inquisition* natürlich ein wenig in Verdrückung. Aber spätestens, als er in diesem Sommer erklärte, ein Grund für die ausländerfeindliche Gewaltwelle sei möglicherweise gerade darin zu suchen, daß diese Kinder ‚in einer Gesellschaft aufwuchsen, in der alles Nationale ausgeklammert oder rückhaltlos kritisch behandelt wurde', war alles wieder im Lot. Wer hierzulande das Wort ‚national' auch nur ohne Schaudern in den Mund nimmt, gilt sofort als Nationalist, also als Advokat nationaler Arroganz und Vormachtträume, falls Worte noch einen Sinn haben (was sich allerdings bezweifeln läßt).

Biermann war dran, als er in der ZEIT den Golfkrieg um Israels willen für leider notwendig erklärte. Seitdem ist er ein Gottseibeiuns, vor dem sich jeder politisch Rechtschaffene dreimal bekreuzigt: ein Kriegshetzer. Seine Frage, ob und wie denn Israels Existenz anders zu sichern gewesen wäre, war so wenig auch nur erwähnbar, daß schnurstracks ad hominem vorgegangen wurde. Plötzlich konnte er noch nie Gitarre spielen. Die Titanic hielt es für satirisch, ihn nicht nur mit allerlei Schmäh wie ‚schmierig', ‚Ferkelschnäuzchen' zu bedenken, sondern sich zu der kalkulierten Gemeinheit hochzusteigen: ‚Offenbar reicht es Ihnen nicht, daß Ihr Vater von den Nazis umgebracht wurde.'" (Zimmer 1993, S. 60)

Soweit zum reichen Ertrag der Geschichte von Coleman Silk; wir wollen noch einen kurzen Blick auf die Entstehung des PC-Denkens und den Bedeutungswandel des Begriffs *political correctness* werfen.

2. Entstehung und Bedeutungswandel des Begriffs *political correctness*

Die Herkunft des Begriffs *political correctness* ist leicht zurückzuverfolgen; er entstand im linksliberalen amerikanischen Universitätsmilieu und wurde durch einen Artikel in der New York Times vom 28. Oktober 1990 mit dem Titel „The Rising Hegemony of the Political Correct" aus der Feder von Richard Bernstein popularisiert (Bernstein 1990). Den Studenten ging es um einen angemessenen Umgang mit benachteiligten Minderheiten und Randgruppen aller Art und – als Bestandteil dessen – um die Vermeidung eines bisher vielleicht wenig reflektierten *Sprachgebrauchs*, der von diesen Minderheiten und Randgruppen als *diskriminierend* empfunden werden könnte; wie alles anfing, schildert Bernstein anschaulich wie folgt:

> „INSTEAD of writing about literary classics and other topics, as they have in the past, freshmen at the University of Texas next fall will base their compositions on a packet of essays on discrimination, affirmative-action and civil-rights cases. The new program, called ‚Writing on Difference' was voted in by the faculty last month and has been praised by many professors for giving the curriculum more relevance to real-life concerns. But some see it as a stifling example of academic orthodoxy.
>
> ‚You cannot tell me that students will not be inevitably graded on politically correct thinking in these classes,' Alan Gribben, a professor of English, said at the time the change was being discussed.
>
> The term ‚politically correct', with its suggestion of Stalinist orthodoxy, is spoken more with irony and disapproval than with reverence. But across the country the term p. c., as it is commonly abbreviated, is being heard more and more in debates over *what should be taught at the universities*. There are even initials – p. c. p. – to designate a politically correct person. And though the terms are not used in utter seriousness, even by the p. c. p.'s themselves, there is a large body of belief in academia and elsewhere that a cluster of opinions about race, ecology, feminism, culture and foreign policy defines a kind of ‚correct' attitude toward the problems of the world, a sort of unofficial ideology of the university. *Pressure to Conform*." (Bernstein 1990, S. 1)

Für die PC-Bewegung ging es also zunächst darum, Front zu machen gegen ein – so erneut Bernstein – „trio of thought crimes: sexism, racism and homophobia" (Bernstein 1990). Bei der Verfolgung dieser Ziele aber kam es ganz offensichtlich zu einem *Überschuss an Intoleranz*, der nicht nur in einer zunehmenden Regulierung des Sprachgebrauchs, einer Tabuisierung ganzer Themenbereiche, sondern auch in einer PC-konformen Umgestaltung der Curricula zum Ausdruck kam (Kurthen und Losey 1995; Papcke 1995); angesichts dessen konnte – so wird man rückblickend konstatieren müssen – ein Pendelschwung in die andere Richtung nicht ausbleiben: der Begriff der *political correctness* wurde zunehmend zu einem Kampfbegriff der amerikanischen Rechten (Auer 2002), um die in ihren Augen ungerechtfertigte Dominanz des amerikanischen Ostküsten-Liberalismus anzuprangern. Wegen dieses Bedeutungswandels des PC-Begriffs dürfte es sich in der Tat empfehlen, *zwei verschiedene Verwendungsweisen des Begriffs der politischen Korrektheit* zu unterscheiden, wie dies der ausgesprochen informative Wikipedia-Artikel „Politische Korrektheit" vorschlägt:

- „Erstens ist der Begriff ein prägnantes und bekanntes Schlagwort im Kontext der insbesondere in Nordamerika, Australien und Europa und seit dem späteren 20. Jahrhundert vorhandenen gesell-

schaftlichen Tendenz, Interessen von Minderheiten stärker zu vertreten sowie Diskriminierung insbesondere im Sprachgebrauch zu vermeiden, die in der Vergangenheit akzeptiert oder schlicht unerkannt war. Mit der Aussage, dass etwas ‚politisch nicht korrekt' bzw. ‚politisch inkorrekt' sei, soll dementsprechend ausgedrückt werden, *dass eine Norm verletzt wurde*, eine Äußerung (oder Handlung) *allgemeinen moralischen Normen zuwiderhandelt* oder gar ein Tabu gebrochen wurde.

– Der zweite Kontext ist die Ablehnung einer als Freiheitsbeschränkung oder Zensur empfundenen *gesellschaftlichen Norm* oder Kritik, sei es, um am Gewohnten festzuhalten, sei es gegen Übertreibung bei der Vermeidung als negativ empfundener Begriffe oder, weil durch zu viel Rücksichtnahme die Äußerung von Fakten oder Wahrheiten unterdrückt würde. Diese Kritik vermeintlicher ‚politischer Korrektheit' als Kampfbegriff gegen zu viel Rücksichtnahme bzw. gegen einen politischen Gegner ist gleichfalls als politisches Schlagwort in Verwendung." (Wikipedia 2015)

Nach diesem kurzen Überblick wollen wir uns nunmehr einem Akteurstyp zuwenden, der bei der Kreierung und Durchsetzung sozialer Normen eine wichtige Rolle spielt, den sogenannten Moralunternehmern.

II. Moralunternehmer als zentrale Akteure in Prozessen der Kreierung und Durchsetzung von Sozialnormen

1. Begriff und Erscheinungsformen

In seinem wichtigen Aufsatz „The Market for Social Norms" hat Robert C. Ellickson vorgeschlagen, im Bereich der Steuerung durch Sozialnormen drei Typen von Akteuren zu unterscheiden, nämlich die *norm makers* oder *norm entrepreneurs*, die *enforcers* und die *members of the audience*, wobei die Trennungslinie zwischen den *norm makers* und den *norm enforcers* nur schwer zu ziehen ist (Ellickson 2001). Die Initialzündung für Normbildungsprozesse – und ihre spätere Durchsetzung – geht von den *norm entrepreneurs* aus, die Ellickson auch als *change agents* bezeichnet und die insoweit als die wichtigste Akteursgruppe identifiziert werden kann; als ein prominentes Beispiel für erfolgreiche *change agents* nennt Ellickson schwarze Religionsführer der US-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung, die – wie etwa Martin Luther King – in der amerikanischen Bürgerrechtsbewegung eine wichtige Rolle gespielt haben:

> „These factors help explain the prominence of *black religious leaders* in the civil rights movement. Because they were black, they had much to gain from dismantling racial segregation. Because they were religious leaders, they were ideally positioned to receive early esteem from members of their immediate social groups (that is, members of their congregations), and relatively immune to social opprobrium, economic retaliation, and physical violence on the part of racist whites" (Ellickson 2001, S. 12).

Eine Variante nun von *norm entrepreneurs* sind die *moral entrepreneurs*, ein Begriff der von Howard Becker geprägt worden ist (1973), bei Ellickson kurz erwähnt wird (Ellickson 2001, S. 9), uns aber bis vor kurzem noch nicht begegnet ist. Mit Interesse sind wir daher nunmehr auf den Begriff in dem gleichnamigen Artikel in der sogenannten „Krimipedia"

gestoßen, in dem es um Kriminologen als Moralunternehmer geht und der Begriff wie folgt definiert wird:

> „Der […] Begriff *Moralunternehmer* (moral entrepreneur) *bezeichnet einen Menschen, der mit bestehenden Regeln unzufrieden ist und diese geändert wissen will*, damit auch alle anderen Menschen verpflichtet sind, das zu ‚tun, was er für richtig hält'. Wenn er Erfolg hat, wird eine entsprechende Verhaltensregel durch Gesetz für allgemein verbindlich erklärt. Wer sich anders verhält, wird dann zum ‚Außenseiter' mit ‚abweichendem Verhalten', das dann auch strafbedroht ist. Insofern ‚produzieren' Moralunternehmer nicht nur Regeln, sondern indirekt eben auch Abweichung und Kriminalität" (Krimipedia 2008).

Wir machen uns diesen Begriff – losgelöst von dem soeben vorgestellten kriminalsoziologischen Zusammenhang – gerne zu eigen, denn er trifft in bemerkenswert guter Art und Weise, was uns in dem uns interessierenden Zusammenhang von rechtlich nicht disziplinierten und auch rechtlich nur schwer disziplinierbaren Sanktionsmodi und Sanktionsmaßstäben besonders problematisch zu sein scheint, nämlich die Aura der moralischen Überlegenheit der diesbezüglichen Normunternehmer und die Unbedingtheit ihres Durchsetzungsanspruchs. Daher wollen wir diesen „moralischen *change agents*" noch etwas auf der Spur bleiben.

2. Normbildungsprozesse als Kommunikationsprozesse und *change agents* als ihre Manager

Schon im Einleitungskapitel dieses Buches hatten wir auf die unseres Erachtens zentrale Bedeutung der kommunikativen Dimension bei Rechtsbildungs- und Rechtsanwendungsprozessen und damit auch bei der Bestimmung von *legal spaces* hingewiesen; daran können wir jetzt nahtlos anknüpfen, denn die von Ellickson beschriebenen *change agents* sind geradezu ein Musterbeispiel von Akteuren, die für ihr Anliegen der Kreierung oder Veränderung von Normen die politische und gesellschaftliche Bühne als wirkmächtige und zum Teil hoch professionalisierte *Kommunikateure* zu nutzen verstehen; dieser Befund lässt sich leicht belegen, nimmt man die sogenannten *change agents* noch etwas genauer in den Blick.

Ellickson unterscheidet drei Subkategorien von *change agents*, nämlich *self-motivated leaders*, *norm entrepreneurs*, und *opinion leaders*, die sich alle durch besondere Kommunikationsfähigkeit auszeichnen:

- Dies gilt zunächst einmal für die sogenannten *self-motivated leaders*; den idealen Kandidaten für einen solchen *leader* beschreibt Ellickson wie folgt:

  > „To illustrate: A charismatic person faces lower costs of working for social change. A lessening of smoke especially benefits persons with emphysema or other lung disease. Therefore a charismatic person suffering from emphysema would be an ideal candidate to become a self-motivated leader of an *antismoking campaign*." (Ellickson 2001, S. 14)

- Interessant ist auch, wie sich Ellickson die Eigenschaften von *norm entrepreneurs* und *opinion leaders* vorstellt; beiden stünden persönliches Charisma und kommunikative Fähigkeiten wohl an:

  „For the remaining two types of change agents – norm entrepreneurs and opinion leaders – external rewards provide an essential carrot. Although leaders of both types are likely to garner some tangible benefits from a norm change, they also need esteem to cover their full costs of supplying a new norm. Norm entrepreneurs are specialists who campaign to change particular norms, whereas opinion leaders are generalists. Ward Connerly, Martin Luther King, Jr., Catharine MacKinnon, Joseph McCarthy, and Carry Nation are norm entrepreneurs. Jimmy Carter, Walter Conkite, Doris Kearns Goodwin, and Billy Graham are opinion leaders. Both types tend to be endowed with personal attributes, such as *charisma and skill in communication*, that reduce their costs of serving in these capacities." (Ellickson 2001, S. 15)

- Was die *opinion leaders* im Besonderen angeht, so ist es an ihnen, den Bemühungen der Normunternehmer wie den Eigeninteressen geleiteten Führungspersonen ihren Segen zu geben oder auch nicht; bei Ellickson heißt es dazu wie folgt:

  „Unlike a self-motivated leader and a norm entrepreneur, an opinion leader is not at the forefront of norm change but instead is located one position back from the front […]. An opinion leader evaluates the initiatives of these other change agents (the true catalysts) and then decides which of their causes to endorse. Opinion leaders therefore play a pivotal role in determining whether change agents succeed in triggering a cascade toward a new norm […].

  A successful opinion leader tends to have two exceptional characteristics. The first is an usually *high level of social intelligence*, which helps the opinion leader anticipate better than most which social innovations will end up attracting bandwagon support. An adept opinion leader, for example, may be aware that many have been disguising their true opinions about the merits of current norms […]. Opinion leaders involved in the Velvet Revolutions in Eastern Europe, for instance, best sensed that support for communism was less genuine than it seemed. Second, an opinion leader is likely to be a person to whom other members of the group are unusually prone to defer in order to avoid being socially out of step. An opinion leader may have earned this *trust* through prior accomplishments in the arena of norm enforcement and change. A village elder is a generic example. *The costs of supplying a new norm fall when someone expects to be followed*." (Ellickson 2001, S. 16)

I. Vielfalt der Sanktionsmodi als Auswahlproblem: Von Regulatory Choice zur Choice of Sanctions

In den vorausgegangenen sechs Abschnitten hatten wir reichlich Gelegenheit, die Vielfalt von Sanktionssystemen und Sanktionsmodi kennenzulernen, und zwar nicht nur im Sinne von verschiedenen Normdurchsetzungs*techniken*, sondern auch und vor allem als Erscheinungsformen *sozialer Kontrolle*; denn Governance-Kollektive sind nicht nur – was im ersten Kapitel dieses Buches im Vordergrund stand – *Regelungskollektive*, sie sind stets auch – wie Benno Zabel es formuliert – *„Kontroll- und Orientierungssysteme"* (2012, S. 19).

Diese Vielfalt der Normdurchsetzungsregime wird eigentlich erst dann richtig sichtbar, wenn man die Vielfalt normativer Ordnungen in den Blick nimmt, also nicht nur das staatliche Recht und sein rechtliches durchformtes Sanktionssystem, sondern auch und vor allem *soziale Normen* und die ihnen entsprechenden *sozialen Sanktionen* (zu ihren Erscheinungsformen und ihrer Sanktionslogik siehe Ellickson 1991, 2001; Posner und Rasmusen 1999). Auch hier also ist zur Erfassung und Analyse der Vielfalt von Normdurchsetzungsregimen die Benutzung eines *Weitwinkelobjektivs* unverzichtbar; wenn sich dies aber so verhält, dann stellen sich für einen dieses Kapitel abschließenden Gliederungspunkt zwei Aufgaben: Erstens ist noch einmal die Vielfalt der Sanktionsarten und ihr funktionaler Zusammenhang mit den verschiedenen Normenordnungen kurz aufzufächern, zweitens ist die Vielfalt der Sanktionsarten als Auswahlproblem in den Blick zu nehmen und sich an einigen Beispielen die Vor- und vor allem die Nachteile bestimmter Sanktionsmodi vor Augen zu führen, also die – wie wir es nennen wollen – spezifischen *Sanktionskosten*.

Beginnen wollen wir mit einem Blick auf die Vielfalt der Sanktionsarten (I.) und die Notwendigkeit, unter ihnen eine Auswahl zu treffen (II.).

I. Zur Vielfalt der Sanktionsarten

Eine hilfreiche Zusammenstellung der verschiedenen Sanktionsarten findet sich in Richard A. Posners und Eric B. Rasmusens Artikel „Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions“ (1999); um diesen Überblick geben zu können, haben sie sinnvollerweise ein *Weitwinkelobjektiv* benutzt, mit dessen Hilfe wir das nachstehende Panorama betrachten können:

> „A norm is a social rule that does not depend on government for either promulgation or enforcement. Examples range from table manners and the rules of grammar to country club regulations and standard business practice. Norms may be independent of laws, as in the examples just given, or may overlap them; there are norms against stealing and lying, but also laws against these behaviors. The two kinds of rule reinforce each other through differences in the mode of creation, the definition of the offense, the procedure for administering punishment, and the punishments themselves. Laws are promulgated by public institutions, such as legislatures, regulatory agencies, and courts, after well-defined deliberative procedures, and are enforced by the police power of the state, which ultimately means by threat of violence. Norms are not necessarily promulgated at all. If they are, it is not by the state. Often a norm will result from (and crystallize) the gradual emergence of a consensus. Norms are enforced by internalized values, by refusals to interact with the offender, by disapproval of his actions, and sometimes by private violence.“ (Posner und Rasmusen 1999, S. 369 f.)

Was nun die einzelnen Sanktionsarten angeht, so haben Posner und Rasmusen die folgenden sechs Typen identifiziert, denen wir hier beispielhaft einige der in diesem und vorangegangenen Kapiteln besprochen Normdurchsetzungsmechanismen zuordnen wollen:

Sanktionstyp[7]	Beispiel
Automatic sanctions: The violator's action carries its own penalty because of its not being coordinated with the actions of others.	Nichteinhaltung von DIN-Vorschriften führt zu Inkompatibilitäten von Produkten und damit zu Gewinneinbußen ihres Herstellers
Guilt: The violator feels bad about his violation as a result of his education and upbringing, quite apart from external consequences	Schuldgefühl bei Verstoß gegen die Anforderungen soldatischer Tapferkeit oder religiöser Glaubensvorschriften
Shame: The violator feels that his action has lowered himself either in his own eyes or in the eyes of other people.	die Verachtung, die den Offizier oder Angehörigen eines anderen Berufsstandes trifft, wenn er gegen dessen Ehrenkodex verstößt
Informational sanctions: The violator's action conveys information about himself that he would rather others not know	ein Verstoß gegen die Etikette eines gesellschaftlichen Milieus weist jemanden als diesem nicht zugehörig aus
Bilateral costly sanctions: The violator is punished by the actions of and at the expense of just one other person, whose identity is specified by the norm.	Ausübung des Notwehrrechts zur Verteidigung individueller Güter und der Rechtsordnung insgesamt
Multilateral costly sanctions: The violator is punished by the actions and the expense of many other people.	Abwertung der Reputation eines Unternehmens bei seinen Stakeholdern, wenn es gegen rechtliche oder nichtrechtliche Standards verstößt

[7] Diese Spalte zitiert aus Posner und Rasmusen 1999, S. 371 f.

Interessant an dieser Aufzählung ist einmal, dass es sich entweder – wie im Fall von Scham und Schuldgefühlen – um selbst auferlegte Sanktionen handelt oder soziale Sanktionen wie Missbilligung oder soziale Exklusion, sei es durch die direkt Betroffenen, sei es durch das sogenannte soziale Umfeld; von staatlichen Sanktionen ist nicht die Rede. Interessant ist zweitens, dass es sich bei den skizzierten Sanktionsarten keineswegs um einander ausschließende Sanktionen handelt, sie vielmehr – was der Regelfall sein dürfte – auch kumuliert vorkommen: „A norm can be enforced by more than one sanction – indeed, by all six. A drunk driver weaves along the road and crashes into a bus, killing a child. He has wrecked his car, he feels guilty, he knows that all his neighbors look down on him, his employer discovers that he is an alcoholic, the child's parents condemn him, and he is ostracized by the entire community" (Posner und Rasmusen 1999, S. 372).

Ein weiterer, ein *Weitwinkelobjektiv* benutzender Autor ist Robert C. Ellickson, der in seinem Artikel „The Market for Social Norms" (2001) unter anderem mit Vertretern der *Law-and-Economics*-Schule wie Eric Posner (siehe oben) und Richard McAdams (1997) auseinandersetzt, die er als „new norms scholars" bezeichnet und deren gemeinsamen Ansatz er wie folgt charakterisiert:

> „Although the new norms scholars differ on many points, they generally share a common conception of norms and a common methodological approach. They regard a *social norm* as a rule governing an individual's behavior that third parties other than state agents diffusely enforce by means of social sanctions. A person who violates a norm risks becoming the target of punishments such as *negative gossip and ostracism*. Conversely, someone who honors a norm may reap *informal rewards* such as enhanced esteem and greater future opportunities for beneficial exchanges. A person who has internalized a norm as a result of socialization enforces the norm against himself, perhaps by feeling guilt after violating it or a warm glow after complying with it (especially if the norm is burdensome to honor). A norm can exist even if no one has internalized it, however, so long as third parties provide an adequate level of *informal enforcement*." (Ellickson 2001, S. 3)

Interessant an dieser Passage ist die starke Betonung der *Informalität sozialer Sanktionen*: Wir haben es also im Gesamtspektrum der Sanktionssysteme mit einem formalen und einem – wesentlich größeren – *informalen Sektor* zu tun. Dieser informale Sektor entzieht sich weitgehend einer rechtlichen Regulierung (zum Verhältnis von formaler und informaler Staatlichkeit siehe Schuppert 2011b), ist rechtlich nur schwer kanalisierbar und in seinen Auswirkungen oft schwer kalkulierbar; darauf werden wir unter dem Stichwort *political correctness* noch zurückkommen.

II. Von Regulatory Choice zur Choice of Sanctions

1. Choice of Sanctions

Politics is about choices. Von diesem wohl unstreitigen Befund ausgehend, haben wir wiederholt vorgeschlagen (Schuppert 1994; 2003a; 2011c) im Bereich politischen Handelns

drei *choice*-Situationen zu unterscheiden, die wir als *instrumental choice*, *institutional choice* und *regulatory choice* bezeichnen.

Während es bei *instrumental choice* um die Auswahl unter verschiedenen Steuerungsinstrumenten geht – von klassischem Ordnungsrecht durch Gebote und Verbote über Empfehlungen und Warnungen bis zu ökonomischen Anreizen und bei *institutional choice* um die Auswahl zwischen verschiedenen institutionellen Arrangements – von der öffentlich-rechtlichen Anstalt bis zur GmbH – geht es bei *regulatory choice* um die Auswahl zwischen verschiedenen Regelungsarten – Gesetz oder *codes of conduct* – und verschiedenen Regelungsbereichen – staatliche Regulierung oder private Selbstregulierung.

Wenn wir diese Überlegungen nun von der Wahl der Regelungsarten auf die damit eng verknüpfte *Ebene der Sanktionsmodi* übertragen – was ja wegen der eingangs dieses Kapitels thematisierten Durchsetzungsdimension jeder Normordnung durchaus naheliegend ist – dann können wir mit Richard A. Posner und Eric B. Rasmusen (1999) von einer *choice of sanctions* sprechen, ein Begriff, den sie zu Beginn ihres schon zitierten Beitrages wie folgt einführen:

> „Two central puzzles about social norms are how they are enforced and how they are created or modified. The sanctions for the violation of a norm can be categorized as automatic, guilt, shame, informational, bilateral costly, and multilateral costly. The *choice of sanction* is related to problems in creating and modifying norms. We use our analysis of the creation, modification, and enforcement of norms to analyze the scope of feasible government action either to promote desirable norms or to repress undesirable ones. We conclude that the difficulty of predicting the effect of such action limits its feasible scope." (Posner und Rasmusen 1999, S. 369)

Wir greifen diesen Begriff *choice of sanctions* gerne auf und wollen uns nun zwei solche *choice*-Situationen etwas genauer ansehen.

2. Choice of Sanctions „at Work": Zwei Beispiele

a) Geldstrafen oder soziale Sanktionen: Zur Macht der Missbilligung

Die Lektüre eines Artikels in der Süddeutschen Zeitung vom 16. Januar 2013 animierte uns, dieses Beispiel heranzuziehen. Dort heißt es unter der Überschrift „Macht der Missbilligung. Soziale Sanktionen sind stärker als Geldstrafen" wie folgt:

> „Wie lässt sich ein Raucher motivieren, seine Zigarette draußen statt im Lokal anzuzünden? Und wie bringt man jemanden dazu, Müll nicht auf die Straße zu werfen oder sein Auto nicht im Halteverbot abzustellen? Die Antwort ist simpel: durch Verbote, deren Missachtung durch Geldstrafen sanktioniert wird. Doch so wirksam dieses Muster auch ist, es hat seine Grenzen: Sobald keine Kontrollen und deshalb keine Strafgebühren zu befürchten sind, verblasst die Wirkung des Verbotes. Die Psychologen Rob Nelissen und Laetitia Mulder von der niederländischen Universität Tilburg berichten nun, dass soziale Missbilligung längere Wirkung zeigt als finanzielle Bestrafung. Wird ein Verhalten sozial

> geächtet, halten sich Menschen auch dann an das Verbot, wenn sie niemand bei ihrem Vergehen beobachtet […].
>
> Die Wissenschaftler ließen ihre Probanden an einem Spiel teilnehmen, das egoistisches Verhalten einiger Teilnehmer belohnt. Für das Ergebnis der Gruppe – die Probanden wurden mit Geld belohnt – ist es aber wichtig, dass die Mehrzahl der Teilnehmer kooperiert. Ein Drittel der Probanden konnte Schmarotzer mit Geldstrafen sanktionieren – der Grad der Kooperation war in dieser Gruppe besonders hoch. In einer weiteren Gruppe war es möglich, die Egoisten in der Runde sozial zu ächten. Auch das steigerte das kooperative Verhalten, wenn auch nicht so stark. In einer Kontrollgruppe spielten die Teilnehmer ganz ohne Sanktionen und bildeten letztlich das Reich der Egoisten. Als die Psychologen unter einem Vorwand die Bestrafungsmöglichkeiten aus dem Spiel nahmen, brach die Kooperation in der Geldstrafen-Runde in kurzer Zeit gänzlich zusammen. Wurde Wohlverhalten zuvor durch die Androhung sozialer Ächtung erreicht, blieben die Probanden hingegen kooperativ.
>
> Finanzielle Strafen verleiten eher zu kühlen Kosten-Nutzen-Analysen, argumentieren die Psychologen Nelissen und Mulder in ihrer Studie. Und wenn kein Strafzettel droht, spricht diese Kalkulation eindeutig zugunsten egoistischen Verhaltens. Oder die Strafe fühlt sich sogar an, als kaufe man sich das Recht, eine Norm zu verletzen. So zum Beispiel in einer mittlerweile berühmten Studie über das Verhalten von Eltern: Würde eine Geldstrafe diese dazu bringen, ihre Kleinen stets pünktlich aus dem Kindergarten abzuholen? Das Gegenteil war der Fall. Die Eltern betrachteten die Strafe als Gebühr für das Recht, die Schließzeiten des Kindergartens zu ignorieren. Öffentliche soziale Missbilligung hätte die Eltern wohl eher dauerhaft diszipliniert.“ (Herrmann 2013)

Dadurch neugierig geworden, haben wir den in der Zeitungsmeldung in Bezug genommenen Artikel von Rob M. A. Nelissen und Laetitia B. Mulder (2013) genau studiert und die dort präsentierten Befunde durchaus berichtenswert gefunden. Die Nelissen und Mulder interessierende Frage ist, wie die *freiwillige Befolgung von Normen* am besten gesichert werden kann, wenn – was im praktischen Leben der Regelfall sein dürfte – das Regel-Sanktionssystem: „Verbot und bei Übertretung Geldstrafe“ nicht lückenlos funktioniert; unsere Autoren treibt die Sorge um, dass das Sanktionsmittel „Geldstrafe“ soziales Verhalten zum Ergebnis eines reinen Kosten-Nutzen-Kalküls werden lässt, ein Effekt, dem durch eine fühlbare soziale Missbilligung entgegengewirkt werden könnte:

> „Voluntary norm compliance is an important issue because sanctioning systems are rarely perfect. Frequently, norm violations will go unnoticed. If people only comply with norms when otherwise facing punishment, a sanctioning system is only as effective as its execution. In spite of their norm-enforcing ability, several studies suggest that sanctions actually undermine voluntary norm compliance. Imposing a sanction may cause people to frame a previously ethical decision (Is it acceptable to do this?) in business terms (Is it cost-efficient to do this?), which may even result in less compliance […]. Moreover, sanctions may negatively affect trust. Under a sanctioning system people ascribe others' norm compliance to the prospect of punishment upon violation, rather than to a desire to cooperate. Consequently, when the sanctioning system is removed, levels of cooperation tend to drop […].
>
> These ‚dark sides‘ of sanctions (i. e., the adoption of an economic decision frame driven by external incentives rather than mutual trust) will impair norm compliance under conditions of imperfect execution; that is, when norm violations are not consistently punished. In the present study, however, we explore the possibility that these drawbacks are an artifact of sanctions usually being modeled as financial punishment. We investigated whether the drop in voluntary norm compliance that is commonly observed after the removal of a (financial) sanctioning system is attenuated in case a social instead of a financial sanctioning system is implemented and subsequently removed. In a social sanc-

> tioning system the only form of punishment consists of the mere expression of disapproval with a particular kind of conduct. In the present study the removal of a social sanctioning system is achieved by terminating the possibility for participants to express their disapproval of each other's behavior after each round of contributions in a social dilemma game." (Nelissen und Mulder 2013, S. 71 f.)

Die von unseren Referenzautoren durchgeführten Experimente führten zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die soziale Missbilligung im Vergleich zur finanziellen Bestrafung das effektivere Sanktionsmittel darstellt, wenn der Regelunterworfene nicht permanent überwacht werden kann; ein Ergebnis, das sie zusammenfassend wie folgt präsentieren:

> „We conclude that, compared to financial sanctions, social sanctions are more likely to elicit voluntary norm compliance even if people's behavior cannot be consistently monitored and their norm violations therefore may go unpunished from time to time as is often the case in real life. In other words, social sanctioning systems are more lenient than financial sanctioning systems to inevitable flaws in their execution. As already stated, we do not claim that people will voluntarily comply with norms indefinitely if violations remain unpunished. When people do not disapprove each other's non-cooperation any more, the norm will ultimately vanish. Although exact statistics on the proportion of an individual's norm violations that go unnoticed are lacking, extended non-punishment seems unlikely. The observed resilience of a social sanctioning system should thus be sufficient to buffer incidental slips of vigilance. Clearly this has important implications for public policy. Our results suggest that successful norm induction requires *public communication of social (dis)approval*, not only because it increases the salience and thus the effectiveness of norms in guiding behavior […], but also because it makes them stick even if people are not consistently punished for their violations." (Nelissen und Mulder 2013, S. 78)

Wenn sich dies aber so verhält, dann sollten wir noch einen näheren Blick auf das so effektive Sanktionsmittel selbst werfen und uns seine Wirkungslogik klar machen; bei Nelissen und Mulder heißt es dazu wie folgt:

> „In everyday interactions social rather than financial punishment is the default. Expressing disproval or contempt, gossip, peer pressure, and teasing are informal, non-institutionalized means to punish norm violations. Indeed, social disapproval of non-cooperation […], but also social approval of cooperation […] boosts cooperation in social dilemmas just like financial punishment does. Ultimately social sanctions hint at the possibility of social exclusion, which probably accounts for their impact […]. Studies demonstrate that experiencing ostracism has severe consequences […] and shares the same neural substrate as physical pain […]. Some even argue that the threat of ostracism is the key mechanism underlying the development of social norms […]." (Nelissen und Mulder 2013, S. 72)

Mit sozialer Missbilligung – so ist hieraus zu lernen – ist nicht zu spaßen: Sie ist informal und daher rechtlich nicht diszipliniert, sie kann extrem spürbar sein und – als schärfste Stufe – zur sozialen Exklusion führen, gegen die man keine Berufung einlegen kann; darauf wird noch zurückzukommen sein.

b) Order without Law*: Zur Wirksamkeit von* Governance by Reputation

In wie effektiver Weise *governance by reputation* (näher dazu Schuppert 2010, S. 90 ff.) eine Steuerung durch Erlass rechtsverbindlicher Regelungen – in der Regel von Gesetzen – zu

substituieren vermag, hat in bahnbrechender Weise die Studie von Robert C. Ellickson über die Streitbeilegungsmechanismen unter Farmern in Shasta County dargelegt, die bezeichnenderweise den Titel „Order without Law" trägt (Ellickson 1991); wir haben hier jedoch zwei andere Beispiele ausgewählt, über die wir schon an anderer Stelle berichtet haben.

- Das erste Beispiel ist das der jüdischen *Diamantenhändler aus New York*, die im New Yorker Diamond Dealers Club (DDC) zusammengeschlossen sind und die ihren geschäftlichen Transaktionen selbstgesetzte Regeln zu Grunde legen, über deren Einhaltung der Club wacht, indem er über das Geschäftsgebaren seiner Mitglieder regelmäßig informiert, dadurch über deren Reputation mitentscheidet und – bei andauerndem und signifikantem Reputationsverlust – letztlich eine Ausschlussdrohung ausspricht. Barak D. Richman spricht anschaulich von einem *reputation-based enforcement* (2006) der selbstgesetzten Regeln, eine Formulierung, die uns dazu veranlasst, in mehr genereller Weise von einem Anwendungsfall von *governance by reputation* zu sprechen. Ein solcher Governance-Modus setzt – wenn wir das Ergebnis der Fallstudie vereinfachend zusammenfassen dürfen – offenbar zwei Dinge voraus: Einmal einen funktionierenden Informationsaustausch über das Geschäftsgebaren bestimmter Personen (meistens Kaufleute) und zweitens die Existenz einer sozialen Gruppe oder eines sozialen Netzwerkes, für die die Reputation ihrer Mitglieder wichtig ist; solche sozialen Gruppen wollen wir Reputationsgemeinschaften nennen.

- Das zweite Beispiel entnehmen wir einer Fallstudie von Lothar Rieth und Melanie Zimmer (2004) über das Verhalten von transnationalen Unternehmen in Krisengebieten – Shell in Nigeria und BP in Kolumbien – und ihren jeweiligen Beitrag zur Konfliktprävention. Die Fallstudie kommt zum Ergebnis, dass Verhaltensänderungen dort beobachtbar sind, wo der *von NGOs ausgehende Öffentlichkeitsdruck* so groß ist, dass den Unternehmen aufgrund ihrer Reputationsempfindlichkeiten eine Änderung ihres Verhaltens im Sinne einer Übernahme von „Corporates Security Responsibility" (Wolf et al. 2007) ratsam erscheint; wie dieser Reputationsmechanismus funktioniert, erläutern uns Rieth und Zimmer wie folgt:

  > „Ein Faktor, der den Grad des Drucks von NGOs auf das Verhalten von Unternehmen mitbestimmen könnte, ist die Reputation eines Unternehmens. Oft wird die Reputation eines Unternehmens auf den Markennamen reduziert oder damit gleichgesetzt. Jedoch handelt es sich bei der Reputation um ein umfassenderes, relationales Konzept, welches auf die Beziehung zwischen einem Unternehmen und verschiedenen Gruppen, die so genannten Stakeholder, verweist. Stakeholder eines Unternehmens sind seine Kunden, Beschäftigte, Investoren, Geschäftspartner, Regierungen, internationale Organisationen, lokale Gemeinschaften, aber auch NGOs. Ein Unternehmen ist bestrebt, den Stakeholdern mittels seiner Reputation seine Verlässlichkeit beziehungsweise Berechenbarkeit als Interaktionspartner zu demonstrieren. Ein Unternehmen ist also ständig gefordert, in seinen eigenen Handlungen dem jeweiligen Stakeholder ein Bild zu vermitteln, das dessen Erwartungen an das Unternehmen und seinen Vorstellungen von ihm entspricht, um letztlich eine positive Reputation zu erhalten oder diese

zu verbessern. Eine positive Reputation erleichtert die Interaktion zwischen einem Unternehmen und seinen Stakeholdern." (Rieth und Zimmer 2004, S. 94 f.)

J. Einige abschließende Bemerkungen

Nachdem wir in den letzten drei Kapiteln die *World of Rules* intensiv vermessen haben und dabei von einem Pluralitätsbefund zum nächsten geeilt sind, gilt es, einen Moment innezuhalten und zu überlegen, wo wir stehen.

Zunächst einmal verfügen wir jetzt – dies wird man ohne Übertreibung sagen können – über eine reiche Anschauung davon, wie das Universum der Regeln beschaffen ist: Wir haben die unterschiedlichsten Regelungsregime kennengelernt – vom göttliche Recht über das lokale Stammesrecht bis zum Ehrencodex des preußischen Offizierscorps –, wir haben ferner die unterschiedlichsten Normproduzenten beim Geschäft der Regelsetzung beobachtet und uns dabei besonders dafür interessiert, in welchen *semi-autonomous socio-legal fields* sie jeweils anzutreffen sind und wir haben schließlich die unterschiedlichsten Normdurchsetzungsregime durchgemustert – von der Patrimonialgerichtsbarkeit in Gutsherrengesellschaften bis zu Erscheinungsformen von *political correctness*.

Bei all diesen Pluralitätsbefunden stellt sich ganz von allein die Frage, wie mit ihnen umzugehen ist. Für die Beantwortung dieser Frage kommen – wie wir gleich sehen werden – unterschiedliche disziplinäre Ansätze in Betracht, wie etwa die Theorie des *legal pluralism*, vor allem aber die klassische Rechtssoziologie und die Rechtstheorie. All diesen Ansätzen ist gemeinsam, dass sie auf die Frage hinauslaufen, was man eigentlich unter „Recht" verstehen soll: Dieser Frage nach den „richtigen" Rechtsbegriff ist schlechterdings nicht zu entkommen, jedenfalls nicht von einem Autor, der – wie der Verfasser – in der Disziplin der Rechtswissenschaft sozialisiert worden ist. Deswegen widmet sich das nächste Kapitel der Suche nach dem richtigen Rechtsbegriff und der Leser ist herzlich eingeladen, uns bei dieser Suche zu begleiten.

Fünftes Kapitel
Auf der Suche nach dem „richtigen" Rechtsbegriff

Wenn wir auf die letzten vier Kapitel zurückblicken, so beschleicht uns angesichts der dort erhobenen „*Pluralitätsbefunde*" der Verdacht, dass es nicht ganz einfach sein wird, einen präzisen Rechtsbegriff zu formulieren und Recht von Nicht-Recht verlässlich abzugrenzen; vielleicht ist eine solch trennscharfe Unterscheidung auch gar nicht möglich, sodass wir über andere methodische Wege nachdenken müssen, um mit der Pluralität von Normenordnungen und ihren unterschiedlichen „Härtegraden", der Pluralität von Rechtsquellen und Normproduzenten sowie der Pluralität von Normdurchsetzungsregimen angemessen umgehen zu können. Wie ein solcher Umgang aussehen könnte, dazu wollen wir im zweiten Teil dieses Kapitels einen eigenständigen Vorschlag unterbreiten.

Bevor wir dies tun, wollen wir zunächst danach Ausschau halten, ob für das Abgrenzungsproblem von Recht und nicht-Recht nicht von solchen disziplinären Ansätzen Hilfe zu erwarten ist, die sich schon länger mit der Frage „What counts as law?" beschäftigen. Zwei Kanditaten scheinen dafür in Betracht zu kommen, nämlich einmal die Rechtssoziologie, zum anderen die Theorie des *legal pluralism*; beginnen wollen wir mit der Rechtssoziologie:

Was wir aber jetzt schon tun können, ist, bei der Suche nach dem richtigen Rechtsbegriff zwei Optionen als nicht weiterführend auszuscheiden und im Anschluss daran die Vertreter der Rechtssoziologie eindringlich zu befragen, ob sie uns in der schwierigen Abgrenzungsfrage behilflich sein können.

A. Die Rechtssoziologie auf dem Prüfstand

Im Folgenden wollen wir so vorgehen, dass wir drei namhafte Vertreter der Rechtssoziologie in den Zeugenstand bitten, um von ihnen zu erfahren, wie sie mit dem Qualifikationsproblem Recht oder Nicht-Recht umgehen.

I. Eugen Ehrlich oder zur Karriere der Bukowina von einem entlegenen Landstrich der K. u. K.-Monarchie zum virtuellen Mekka der Rechtssoziologie

Beginnen wollen wir unseren Streifzug durch mit Eugen Ehrlich, der gemeinhin als Begründer der deutschsprachigen Rechtssoziologie gilt (vgl. dazu die Würdigung bei Raiser 2009, S. 71ff.). Um seine fortwährende Bedeutung und seine Funktion als *Ahnherr des Rechtspluralismus* verstehen zu können, ist es hilfreich, einen ganz kurzen Blick auf seine Herkunft zu werfen:

Eugen Ehrlich wurde 1862 in Czernowitz in der *Bukowina* geboren, einem Landstrich, der damals den Randbezirk der österreichischen Monarchie bildetet, 1919 zu Rumänien kam und heute zur Ukraine gehört. 1910 gründete Ehrlich – inzwischen dort selbst Professor für römisches Recht – ein „*Seminar für lebendes Recht*", weil er der Rechtswissenschaft die Aufgabe zuwies, das gesamte lebende Recht in den Blick zu nehmen, statt sich auf solches Recht zu beschränken, das durch staatlichen Rechtszwang durchgesetzt werden kann. Für die Bukowina erhob er – diesem methodischen Kompass verpflichtet – den folgenden, häufig zitierten Befund:

> „Ein Jurist der hergebrachten Richtung würde zweifellos behaupten, alle diese Völker hätten nur ein einziges, und zwar genau dasselbe, das in ganz Österreich geltende österreichische Recht. Und doch könnte ihn schon ein flüchtiger Blick davon überzeugen, dass jeder dieser Stämme in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln beobachtet." (Ehrlich 1967, S. 43)

Mit diesen Beobachtungen hat er den politisch eher unbedeutenden Landstrich der *Bukowina zu einem virtuellen Mekka der Rechtssoziologie* werden lassen. Wiederaufgegriffen und in seiner Wirkung verstärkt wurde Ehrlichs Bild der rechtspluralen Bukowina durch den viel zitierte Aufsatz von Gunther Teubner (1996) mit dem Titel „Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", mit dem der geografische Begriff der Bukowina zu einem Kürzel für das Konzept des Rechtspluralismus avancierte. Und in dem 2011 erschienenen Band *Recht ohne Staat?* taucht in dem von Stefan Kadelbach und Klaus Günther (2011) verfassten Einleitungsbeitrag die Bukowina gleich in drei Überschriften auf, mit denen die bekanntesten Phänomene des Rechtspluralismus erfasst werden sollen; diese Überschriften lauten:

- Privatrecht ohne Staat im Staat: Die Bukowina
- Gesellschaftliches Recht ohne Recht im Staat: Exotische Bukowina
- Recht ohne Staat außerhalb des Staates: Globale Bukowina

Für Ehrlichs Forschungsprogramm reichte – wie Raiser zutreffend angemerkt hat (2009, S. 74) – der gebräuchliche überkommene Rechtsbegriff nicht aus, der sich auf das Gesetzesrecht bezieht. Er unterscheidet *drei Arten von Recht*, das *gesellschaftliche Recht*, das *Juristenrecht* und das *staatliche Recht*, wobei er das gesellschaftliche Recht als das eigentlich relevante Recht ansieht. Der harte Kern nun wiederum des gesellschaftlichen Rechts ist das *Recht der gesellschaftlichen Verbände*, also die Gesamtheit der Normen, die die innere Ordnung dieser Verbände regeln. Im Originalton heißt es dazu bei Ehrlich in seiner Rechtssoziologie von 1913 wie folgt:

> „Die innere Ordnung der menschlichen Verbände ist nicht nur die ursprüngliche, sondern auch bis in die Gegenwart die grundlegende Form des Rechts. Der Rechtssatz stellt sich nicht nur viel später ein, er wird auch heute noch größtenteils erst von der innern Ordnung der Verbände abgeleitet. Um die Anfänge, die Entwicklung und das Wesen des Rechts zu erklären, muß daher vor allem die Ordnung der Verbände erforscht werden. Alle bisherigen Versuche, sich über das Recht klar zu werden, sind daran gescheitert, daß nicht von der Ordnung in den Verbänden, sondern von den Rechtssätzen ausgegangen worden ist.

> *Die innere Ordnung der Verbände wird durch Rechtsnormen bestimmt*. Rechtsnorm ist mit Rechtssatz nicht zu verwechseln. Der Rechtssatz ist die zufällige, allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuch. Rechtsnorm ist dagegen der ins Handeln umgesetzte Rechtsbefehl, wie er in einem bestimmten, vielleicht ganz kleinen Verbande herrscht, auch ohne jede wörtliche Fassung. Sobald es in einer Gesellschaft Rechtssätze gibt, die wirklich wirksam geworden sind, ergeben sich aus den Rechtssätzen auch Rechtsnormen; aber in jeder Gesellschaft gibt es weit mehr Rechtsnormen, als Rechtssätze, weil es immer weit mehr Recht für einzelne als für alle gleichartigen Verhältnisse gibt, und auch mehr Recht als den zeitgenössischen Juristen, die es in Worte zu fassen suchen, zum Bewußtsein gekommen ist. Jeder moderne Rechtshistoriker weiß, welch geringer Bruchteil des Rechts, das zu ihrer Zeit gegolten hat, in den XII Tafeln oder in der lex Salica enthalten ist; aber auch mit den modernen Gesetzesbüchern verhält es sich nicht anders. In vergangenen Jahrhunderten beruhten alle Rechtsnormen, die die innere Ordnung der Verbände bestimmten, auf dem Herkommen, auf Verträgen und auf Satzungen der Körperschaften, und auch heute noch sind sie überwiegend dort zu suchen." (Ehrlich 1989, S. 43 f.)

Ob die Normen dieses Verbandsrechts von den Verbandsmitgliedern befolgt werden oder nicht, ist keineswegs beliebig, denn es existiert so etwas wie ein *gesellschaftlicher Normzwang*, dessen Ursprung Ehrlich wie folgt erklärt:

> „Wir leben daher alle inmitten zahlloser, mehr oder minder fester, zuweilen auch ganz loser Gemeinschaften, und unser menschliches Schicksal wird in der Hauptsache davon abhängen, welche Stellung wir uns darin zu erringen vermögen. Offenbar müssen dabei Dienst und Gegendienst einander gegenüberstehen. Die Gemeinschaften könnten unmöglich jedem einzelnen ihrer Angehörigen etwas bieten, wenn nicht jeder einzelne seinerseits gleichzeitig ein Gebender wäre. Und in der Tat, alle diese Gemeinschaften, sie mögen organisiert sein oder nicht, sie mögen Vaterland, Heimat, Wohnort, Religionsgenossenschaft, Familie, Freundeskreis, Geselligkeit, politische Partei, Erwerbsgesellschaft, Kundschaft heißen, sie alle verlangen etwas dafür, was sie für uns leisten, und die gesellschaftlichen Normen, die in dieser Gemeinschaft herrschen, sind nichts als der allgemeingültige Niederschlag der Ansprüche, die sie an den Einzelnen stellen. Wer auf Rückhalt in seinem Kreise angewiesen ist – und wer sollte es nicht? –, tut daher gut, sich seinen Normen wenigstens im großen und ganzen zu fügen. Jeder Zuwiderhandelnde muß damit rechnen, daß sein Verhalten den Zusammenhang mit den Seinigen lockern wird; wer sich beharrlich widersetzt, der hat selbst die Bande gelöst, die ihn mit seinen bisherigen Genossen verknüpften, er wird allmählich verlassen, gemieden, ausgeschlossen. *Hier, in den gesellschaftlichen Verbänden, fließt also die Quelle der zwingenden Gewalt aller gesellschaftlicher Normen*, des Rechts nicht mehr als der Sittlichkeit, der Sitte, der Religion, der Ehre, des Anstandes, des guten Tones, der Mode, wenigstens soweit es sich um das äußere Befolgen der Gebote handelt." (Ehrlich 1989, S. 65)

Dieses verbindliche Regelungsregime ist – was die Einforderung seiner Beachtung angeht – „nicht von Pappe": es gibt – so Ehrlich – in der Gesellschaft zahlreiche Verbände, die mindestens ebenso „kräftig zufassen" wie der Zwangsverband des Staates selbst; unter der Überschrift „Die Macht des gesellschaftlichen Normzwangs" heißt es dazu bei ihm wie folgt:

> „Der Mensch handelt daher dem Rechte gemäß in erster Linie, weil ihn gesellschaftliche Zusammenhänge dazu nötigen. In dieser Beziehung unterscheidet sich die Rechtsnorm nicht von anderen Normen. Der Staat ist nicht der einzige Zwangsverband, es gibt ihrer in der Gesellschaft zahllose, die viel kräftiger zu fassen wissen als er. Einer der kräftigsten unter diesen Verbänden ist heute noch die Familie. Die modernen Gesetzgebungen versagen in immer wachsendem Umfange dem Urteil auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft die Vollstreckbarkeit. Würde man aber selbst das ganze staatliche

> Familienrecht aufheben, die Familien würden deswegen gewiß nicht viel anders aussehen als heute, das Familienrecht bedarf eben des staatlichen Zwanges glücklicherweise nur selten. Der Arbeiter, der Angestellte, der Beamte, der Offizier, sie alle kommen ihren vertragsgemäßen und Berufspflichten, wenn schon nicht aus Pflichtgefühl, so doch deswegen nach, weil sie in ihren Stellungen bleiben, vielleicht auch in bessere gelangen wollen; dem Arzt, dem Anwalt, dem Handwerker, dem Kaufmann liegt es daran, dadurch, daß sie ihre Verträge peinlich erfüllen, ihre Kundschaft zu befriedigen, sie zu erweitern, allenfalls auch ihren Kredit zu befestigen. An Strafe und Zwangsvollstreckung denken sie zu allerletzt." (Ehrlich 1989, S. 65 f.)

Obwohl Ehrlich davon ausgeht, dass gesellschaftliche Rechtsnormen häufig auch durch sozialen Zwang durchgesetzt werden, ist dies für seinen Rechtsbegriff doch nicht ausschlaggebend. Wie oben gesehen, qualifiziert Ehrlich jede Regel als Rechtsnorm, welche als gesolltes Verhalten das tatsächliche Handeln eines Individuums innerhalb eines Verbandes – also eines Regelungskollektivs – bestimmt. Ehrlich hat so sehr früh den Rechtsbegriff gänzlich von seinem überkommenen Staatsbezug gelöst und damit einen soziologischen Rechtsbegriff eingeführt, der auf die Beobachtung regelhaften Verhaltens gründet. Dass sich nicht alle seine rechtssoziologischen Nachfolger diesem radikal entstaatlichen Rechtsverständnis angeschlossen haben, werden wir im Folgenden sehen.

II. Theodor Geiger oder: Vom embryonalen und unvollendeten Recht zum *Hardening of Social Norms*

Der zweite große deutsche Rechtssoziologe, der hier zu nennen ist, ist Theodor Geiger, zu dessen Person bei Thomas Raiser Folgendes nachzulesen ist:

> „Theodor Geiger, 1891 in München geboren, war von Hause aus Jurist, wandte sich aber schon unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg als Journalist und Volkshochschuldozent empirisch-soziologischen Forschungen zu und wurde 1928 ordentlicher Professor für Soziologie an der TH Braunschweig. 1933 nach Dänemark emigriert, lehrte er von 1938 bis zu seinem Tod 1952 an der Universität Aarhus. Sein umfangreiches, zum Teil dänisch geschriebenes Werk erstreckt sich auf weite Gebiete der theoretischen Soziologie und empirischen Sozialforschung. Seine 1947 erschienenen ‚Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts', die den Hauptteil seiner Rechtssoziologie enthalten, sind das wichtigste Werk seiner späten Forschungsperiode." (Raiser 2009, S. 107)

In diesem Werk wird gleich zu Beginn der Grundakkord der Geiger'schen Rechtssoziologie angeschlagen, nämlich der Befund, dass *Recht als das Ordnungsgefüge einer Gruppe* definiert werden kann, aber nicht jede Gruppenordnung die Qualifikation als Recht verdient:

> *„Recht ist ein innerhalb eines Gesellschafts-Integrates (‚Gruppe') bestehendes Ordnungsgefüge*. Damit ist nur wenig und ganz allgemeines gesagt. Nicht jede soziale Ordnung ist Recht. Es wäre doch zumindest ungewöhnlich, gewisse Ordnungserscheinungen wie etwa die Satzung eines Vereins oder die Gepflogenheit einer Bevölkerungsschicht als Recht zu bezeichnen. Welche besonderen Eigenschaften muß also ein soziales Ordnungsgefüge besitzen, um als Recht angesprochen zu werden? *Welcher besonderen Art von Gruppen schreiben wir eine Rechtsordnung zu?* – Offenbar besteht eine spezifische Beziehung zwischen ‚Recht', ‚Staat' und ‚Gesetz'." (Geiger 1987, S. 6)

Recht ist „an sich" Gruppenrecht, darf aber nur Recht heißen, wenn es entweder staatliches Recht ist oder sich auf eine staatliche Anerkennung zurückführen lässt. Die unseres Erachtens nach entscheidende Belegstelle ist die folgende; hier heißt es zu den Gegenständen der Rechtsordnung wie folgt:

> „Niemals ist die Rechtsordnung das einzige innerhalb einer differenzierten Gesellschaft herrschende Ordnungsgefüge. Gesittung und Konvention nehmen daneben breiten Raum ein. Wir bezeichnen diese Erscheinung als *Pluralismus der geselligen Ordnungsgefüge*. Im Blickwinkel des dualistischen Begriffsmodells ‚Staat und Gesellschaft' gesehen nimmt sich der Sachverhalt so aus, daß ‚Staat' und ‚freie Gesellschaft' zwei Sozialstrukturen sind, die das persönliche Substrat ‚Bevölkerung' gemeinsam haben. Die Rechtsordnung ist dann der staatlichen Lebensform zugeordnet (wenn nicht mit ihr identisch), während die Gesittung der ‚freien Gesellschaft' als Ganzer zugeordnet ist – *woneben natürlich einzelne Gruppierungen und Kreise innerhalb der freien Gesellschaft je ihre partikulären Ordnungsgefüge haben*. Nach zwei Richtungen also ist die Rechtsordnung definitorisch von anderen Ordnungsgefügen abzugrenzen. Fürs erste unter dem Gesichtswinkel der Differenzierung der Gesellschaftsintegrate in der Weise, daß das Recht als Ordnungsgefüge einem bestimmten Gesellschaftsintegrat (Staatsvolk) zugeordnet wird. Fürs zweite in morphologischer Hinsicht insofern, als innerhalb des Staatsvolkes (der Rechtsgesellschaft) neben dem Recht andere, nicht-rechtliche Ordnungsgefüge bestehen." (Geiger 1987, S. 117 f.)

Es gibt also einen *Pluralismus der geselligen Ordnungsgefüge*, innerhalb derer es allerdings möglich ist, von der „Verbandsliga der Gesittung" in die „Bundesliga des Rechts" aufzusteigen, ein Vorgang, den man sich wie folgt vorzustellen hat:

> „Hier liegt nun abermals eine genetische Frage vor: *wie kommt es zu dieser Differenzierung der Ordnungsgefüge*? Geht man dabei von der Hypothese aus, daß die gesellschaftliche Großorganisation unter einer Zentralmacht und damit die Rechtsordnung auf endogenem Weg innerhalb einer schon voraus bestehenden, aber bislang dezentralistisch gegliederten Gesellschaft gleichen Substrates sich herausgebildet habe, muß folgendes angenommen werden. In einem gegebenen Zeitpunkt besteht eine ausschließlich durch Gesittung geordnete Gesellschaft. Indem sich innerhalb derselben eine Kristallisierung um eine Zentralmacht vollzieht, findet zugleich eine *Verrechtlichung* oder ‚Jurifikation' von Teilen – aber nur von Teilen! – des bisher in dieser $\sum$ herrschenden Ordnungsgefüges statt, während andere Lebensverhältnisse nach wie vor der Regelung durch die spontan wirkende Gesittung überlassen bleiben. *Gewisse Lebensverhältnisse werden also in die rechtliche Sphäre erhoben, andere dagegen nicht*." (Geiger 1987, S. 118)

Geiger vertritt also eine dezidiert *prozesshafte Perspektive*, die ihm an anderer Stelle von einem *embryonalen Recht* – etwa bei den Naturvölkern – oder von einem *unvollendeten Recht* sprechen lässt; zu diesem letzteren heißt es bei ihm wie folgt:

> „Eines ist aber von vornherein kräftig zu unterstreichen: eine eindeutig scharfe Grenze zwischen rechtlicher und anderer Ordnung gibt es nicht in dem Sinn, daß jedes konkrete Ordnungsphänomen entweder Recht oder Nicht-Recht wäre. Das liegt schon darin, daß Recht hier als Erzeugnis einer gesellschaftlichen Entwicklung aufgefaßt wird. *Wenn Recht aus einem vorangehenden vor-rechtlichen Ordnungsgefüge hervorgeht, sind Übergangszustände zu erwarten, in denen die augenblicklich bestehende Ordnung ‚noch nicht ganz' Recht, aber doch ‚nicht mehr bloß' das dem Recht Vorangehende ist*. Und da der für das Recht charakteristischen Merkmale mehrere sind, mag es sein, daß hier das eine, dort ein anderes Merkmal ‚noch fehlt'. Man wird also darauf gefaßt sein müssen, einen Kernbereich von Erscheinungen umgeben zu sehen, die ohne Zweifel rechtlich im vollen Sinn des Wortes und Begriffes sind, von

> einem Ring anderer Erscheinungen umgeben zu sehen, die mehr oder minder, aber nicht ganz und gar Recht sind. Ich werde in diesem Sinn von *unvollendetem Recht* sprechen.“ (Geiger 1987, S. 87)

Im Ergebnis ändert diese prozesshafte Perspektive aber nichts daran, dass Geiger an der *Kopplung von Staat und Recht* festhält, andere Governance-Kollektive – er nennt sie *Gesellschafts-Integrate* – zwar ein je eigenes Ordnungsgefüge haben, das aber – sofern es nicht auf den Staat rückführbar ist – im Zustand des Nicht-Rechts verharren muss. Zusammenfassend heißt es dazu wie folgt:

> „Unter den Vorstellungen, die den Gedanken an das (positive) Recht assoziativ begleiten, steht die des Staates vornean. Recht wird gedacht als eine soziale Ordnung, die ‚für ein Staatsvolk gilt‘, wenn nicht geradezu vom Staat verfügt, so doch in ihrer Aufrechterhaltung staatlich garantiert ist. Gewisse Selbstverwaltungskörper, die Gemeinden z. B. erlassen allerdings Vorschriften, die wir als Rechtsnormen im strengen Sinn ansprechen, aber sie tun dies Kraft einer Ermächtigung von seiten des Staats. Es gibt ein Kirchenrecht – aber das ist entweder staatliches Recht im Hinblick auf die Glaubensgesellschaften, oder es ist eine von der Kirche selbst getragene Ordnung und als Recht bezeichnet eben darum, weil die Kirche eine staatsähnliche Organisation war, – ein Staat im Staat oder über den Staaten. […]
>
> Aus der *Gedankenverknüpfung Recht – Staat* also sei nunmehr versucht, die das Recht von anderen sozialen Ordnungen unterscheidenden Merkmale zu entwickeln. Dabei ist vorweg zu bemerken, daß diese Verkettung mit dem ‚Staat‘ in eine doppelte Richtung weist. *Fürs erste schreibt sie das Recht einer besonderen Art von ordnungstragenden Gesellschafts-Integraten zu, sofern man nämlich unter Staat eine organisierte Vielheit zusammengehöriger Personen, synonym mit ‚Staatsvolk‘, versteht*. Fürs zweite impliziert sie die Vorstellung einer besonderen Strukturform des Rechtsgetriebes, sofern der Staat unpersönlich als ein durch Organe wirksamer Herrschaftsapparat gedacht wird.“ (Geiger 1987, S. 87 f.)

In Geiger haben wir also noch einen ganz klassischen Vertreter der Formel Recht=Staat. Dabei erkennt er normative Ordnungen durchaus als rechtsähnlich oder protorechtlich an, aber Recht kann für ihn doch nur sein, was direkt oder indirekt vom Staat ausgeht. Ein überzeugendes Argument, warum dies so sein soll, bleibt Geiger allerdings schuldig. Und, wie wir in den vorangegangenen Kapiteln gesehen haben, spricht auch vieles dafür, nichtstaatliche Normenordnungen als Recht zu behandeln, schon deshalb, weil sie sich außer in ihrer Autorenschaft teilweise in nichts vom staatlichen Recht unterscheiden.

Etwas differenzierter ist der Rechtsbegriff bei Rehbinder, dem wir uns jetzt zuwenden wollen.

III. Manfred Rehbinder

Der dritte Autor, auf dessen Werk wir ein Blick werfen wollen, ist der Züricher Rechtssoziologe Manfred Rehbinder, dem wir das unseres Erachtens führende Lehrbuch der Rechtssoziologie verdanken (2009). Sein Werk ist – so wie wir es lesen und empfinden – von einem eigentümlichen Spannungsverhältnis geprägt, zwischen seiner Hinwendung zum Regelungskollektiv und seiner jeweiligen normativen Ordnung – hier denkt er als Soziologe – und seiner Hinwendung zum Staat und seinem Rechtsstab – hier denkt er als

Rechtswissenschaftler; und nach unserer Wahrnehmung schlägt sein Herz soziologisch, wird aber angesichts der damit eigentlich verbundenen Konsequenzen vom *Rechts*soziologen diszipliniert und sein Herzschlag letztlich dem Gleichklang von Staat und Recht angepasst.

1. Regelungskollektive und ihre – im soziologischen Sinne – eigene Rechtsordnung

Rehbinders Ausgangspunkt bei der Bestimmung dessen „was Recht ist" bildet ein soziologischer Rechtbegriff, der in seiner an den von Ehrlich erinnert. Dabei differenziert Rehbinder allerdings stärker danach, wie man genau ermittelt, was in einem Regelungskollektiv als Recht wirkt. So stellt er zum Beispiel *drei Wege zur empirischen Erforschung des Rechts* vor und notiert dazu Folgendes:

> „Insgesamt sind drei Wege vorgeschlagen worden, das Recht empirisch zu erforschen, nämlich
>
> 1. die Feststellung von Normen, die im *Zusammenleben der Gruppe* für verbindlich gehalten werden und an denen sich aus diesem Grunde die Normadressaten bei ihrem Verhalten orientieren (Rechtsbewußtsein = ideale Verhaltensmuster),
>
> 2. die Feststellung von Verhaltensmustern, nach denen *das Leben in den Gruppen* tatsächlich abläuft (rechtsrelevantes Sozialleben = reale Verhaltensmuster), und
>
> 3. die Feststellung von Verhaltensmustern, nach denen der Rechtsstab in bestimmten sozialen Situationen reagiert (Handeln des Rechtsstabes)." (Rehbinder 2009, S. 36)

Und nur wenig später attestiert er einer großen Zahl von gesellschaftlichen Verbänden eine im soziologischen Sinne eigene Rechtsordnung, nämlich insbesondere solchen, die über – und dies ist ein interessanter Punkt – ein *eigenes Disziplinarrecht* verfügen:

> „Nicht nur der Staat, sondern auch andere gesellschaftliche Verbände besitzen Organisationen, die sich speziell mit der Anwendung und Durchsetzung von Normen befassen, z. B. die Kirche, die Wehrmacht, die Beamtenschaft, die Universitäten, kurz: *alle Gruppierungen, die ein besonderes ‚Disziplinarrecht' haben*, ferner bestimmte Vereine, Parteien, Wirtschafts- oder Interessenverbände usw. Alle diese Gruppen können ihren eigenen Organisationsapparat haben, der über die Einhaltung ihrer spezifischen Gruppenordnung wacht. *Sie alle haben dann im soziologischen Sinne ihre eigene Rechtsordnung*." (Rehbinder 2009, S. 39)

2. Ein Regelungskollektiv mag eine eigene Normenordnung haben, eine Rechtsordnung ist sie dadurch noch nicht

Rehbinder mag den entscheidenden Schritt nicht tun; zwar konzidiert er der jeweiligen Gruppenordnung, *im soziologischen Sinne* eine Rechtsordnung zu sein, aber dies reiche nicht aus, um von einer Rechtsordnung im eigentlichen Sinne zu sprechen, da diese nur vom Staat und seinem professionalisierten Rechtsstab aufrechterhalten und durchgesetzt werden dürfe. Zum Schwur kommt es bei der Frage, ob es wirklich einen *Pluralismus des Rechts* geben könne; Rehbinder verneint diese Frage ausdrücklich, obwohl er noch einmal

betont, dass auch Gruppenordnungen über einen eigenständigen Zwangsapparat verfügten und daher bei funktionaler Betrachtung kein Unterschied zur staatlichen Rechtsordnung bestehe. Insoweit bezieht er sich auf Karl N. Llewellyn und seine Studie über das Recht der Cheyenne-Indianer (Llewellyn und Hoebel 1941):

> „Es war aber erst *Karl N. Llewellyn* (1893–1962), der mit seiner *klassischen Studie über die Cheyenne-Indianer*, die er in Zusammenarbeit mit dem Anthropologen E. Adamson Hoebel im Jahre 1941 publizierte, der Vorstellung eines vom Recht der Gesamtgesellschaft unabhängigen Rechts in den gesellschaftlichen Untergruppen und damit einer Vielzahl von Rechtssystemen zum Durchbruch verhalf. Wenn nicht die Gesellschaft als Ganzes, sondern die einzelnen Untergruppen ins Blickfeld treten, heißt es dort, ‚dann können bei diesen kleineren Einheiten gänzlich und fundamental verschiedene Rechtssysteme gefunden werden und von der Ebene der Gesamtgesellschaft herrührende Verallgemeinerungen hinsichtlich dessen, was in „der" Familie oder in „diesem Verbandstypus" vorliegt, haben ihre Risiken. *Das totale Bild des Rechtsstoffes schließt in jeder Gesellschaft neben dem wichtigen Rechtsstoff des Ganzen auch den unter- oder beigeordneten Rechtsstoff der kleineren Handlungseinheiten ein*'." (Rehbinder 2009, S. 41)

Dies ändere aber nichts an der Berechtigung, solchen Gruppenordnungen die Qualifikation als Rechtsordnung zu versagen; zur Begründung bemüht Rehbinder ein Argument, das wir als *Räuberbanden-Argument* bezeichnen wollen und wie folgt lautet:

> „*Dieser Blick auf die kleineren Handlungseinheiten führt jedoch nicht notwendig zu einem pluralistischen Rechtsbegriff*. Denn auch wenn man dem Zwangsapparat der Untergruppen den gleichen Charakter zuspricht wie dem Rechtsstab der Gesamtgesellschaft, so hat man sich gleichwohl mehrheitlich terminologisch dahin entschieden, die Bezeichnung ‚Recht' für ein Mittel der sozialen Kontrolle der Gesamtgesellschaft zu reservieren, um nicht z. B. den durch Gangster ausgeübten Zwang für rechtmäßig erklären zu müssen. Dahinter steckt nicht notwendig, wie Pospišil […] meint, ein moralisches Werturteil, das die Untersuchung von Verbrecherbanden aus der Untersuchung des Rechts ausklammern möchte. Ist das organisierte Verbrechen doch ein wichtiger Faktor für die Unwirksamkeit des Rechts und damit als solches Gegenstand rechtswissenschaftlicher (kriminologischer) Untersuchungen. Aber die Organisations- und Verhaltensregeln gesellschaftlicher Untergruppierungen, sollten sie nicht (und wenn auch nur kraft einer Verweisungsnorm) Bestandteil des gesamtgesellschaftlichen Rechts sein, dürfen trotz ihres Charakters als Recht im sozialwissenschaftlichen Sinne nicht als Recht bezeichnet werden, wenn man Mißverständnisse ausschließen will. *Müßte man doch bei einem staatlichen Richter, dessen Spruch sich gegen die Mafia richtet, von Rechtsbeugung sprechen.*" (Rehbinder 2009, S. 41)

So bleibt Rehbinder letztendlich einem *etatistischen Rechtsbegriff* verhaftet, wie insbesondere in seiner Kommentierung der deutschen mainstream-Argumentation doch überraschend deutlich wird; mit dieser klaren Botschaft wollen wir diesen Gliederungspunkt auch abschließen:

> „Innerhalb der Rechtsordnung der Bundesrepublik zeigt sich diese Entwicklung in der *Betonung des staatlichen Rechtsmonopols* und in der Vereinheitlichung von Rechtsetzung und Rechtspflege. Die Lehre vom staatlichen Rechtsmonopol *führt den Geltungsgrund allen Rechts auf den Staat zurück* und behält dem Staat die Durchsetzung von Rechtsnormen mit Hilfe unmittelbaren Zwanges vor. Das Recht der Verbände (Vereinsrecht, Kirchenrecht, Tarifrecht, Allgemeine Geschäftsbedingungen) entsteht zwar genetisch gesehen außerhalb des Staates. Seine Rechtsqualität wird aber heute im Gegensatz zu früher daraus hergeleitet, *daß der Staat in gewissen Bereichen den Verbänden Rechtsschöpfungsautonomie verleiht*. Der Staat ist damit berechtigt, die außerstaatliche Rechtsetzung zu kontrollieren (Kompetenz-

Kompetenz des staatlichen Rechtsstabes). Er tut dies zunehmend durch eigene Gesetzgebung, die den Freiheitsbereich außerstaatlicher Gewalten begrenzt (z. B. Wettbewerbs- und Verbraucherrecht), ferner dadurch, daß staatliche Gerichte die außerstaatlich geschaffenen Rechtsnormen sowie die Urteilssprüche von Verbandsgerichten (Vereinsgerichte, Schiedsgerichte) in begrenztem Umfange überprüfen. Auf diese Weise kann eine Auflösung der Rechtsordnung in völlig autonome Partikularordnungen vermieden werden." (Rehbinder 2009, S. 74)

IV. Eine kleine Zwischenbilanz: Ein dualistischer Rechtsbegriff als unbefriedigendes Vermächtnis

Wir haben die Vertreter der Rechtssoziologie so ausführlich zu Wort kommen lassen, weil an ihrer Argumentation gezeigt werden kann, dass es eine Sache ist, die Wirkmächtigkeit von nichtstaatlichen Normenordnungen zu beschreiben und zu analysieren, aber offenbar eine andere Sache, am etatistischen Rechtsbegriff zu rütteln und solche verhaltenssteuernden Normenordnungen als „Recht" zu qualifizieren. Im Ergebnis läuft dies auf einen *dualistischen Rechtsbegriff* hinaus, nämlich auf eine Unterscheidung von staatlich produziertem oder zumindest staatlich anerkanntem Recht auf der einen Seite und *Recht im „nur" soziologischen Sinne* auf der anderen Seite. Damit ist das Qualifikationsproblem noch nicht gelöst, aber immerhin in zwei disziplinären Schubladen verstaut: Die dogmatische Rechtswissenschaft ist für das staatliche Recht zuständig, die Rechtssoziologie für das Recht im soziologischen Sinne. Für eine Rechtswissenschaft, die sich unseres Erachtens als Regelungswissenschaft verstehen muss, kann dies nicht das letzte Wort sein.

Es bleibt uns daher nicht anderes übrig, als unsere Suche nach dem „richtigen" Rechtsbegriff fortzusetzen, und wir tun dies, indem wir nunmehr die Theorie des *Legal Pluralism* in den Zeugenstand bitten, gilt sie doch manchen als das „key concept in a postmodern view of law" (de Sousa Santos 1987, S. 297).

B. Das Konzept des *Legal Pluralism* – was leistet es wirklich?

Angesichts der beeindruckenden Karriere des Konzeptes des *Legal Pluralism*, scheint es uns unverzichtbar zu sein, diese noch einmal kurz nachzuzeichnen.

I. Die Theorie des Rechtspluralismus betritt die Bühne

Wenn wir uns den Bühnenauftritt des legal pluralism vorzustellen versuchen, so sind es vor allem zwei Stimmen aus dem Auditorium, die ihre unüberhörbare Zustimmung artikulieren.

Zunächst einmal sind alle diejenigen gewissermaßen natürliche Fans des *Legal Pluralism*, die einem Bedeutungsverlust oder gar einem Absterben des Staates das Wort reden; die naheliegende formelhafte Gleichung lautet also so: Bedeutungsverlust des Staates = Bedeu-

tungsverlust des staatlichen Rechts. Und in der Tat kann man dies so sehen, wie es Stefan Kadelbach und Klaus Günther mit den folgenden Bemerkungen zu Protokoll gegeben haben:

> „Für diejenigen, die ein Absterben des Staates beobachten, ist die rechtspluralistische Perspektive intuitiv plausibel. Der Blick richtet sich auf mögliche Surrogate staatlicher Gesetzgebung, die in privater Selbstregulierung, der Normproduktion supra- und internationaler Organisationen oder in staatlich-privaten Hybridnormierungen erkannt werden. Die Vielzahl von Normproduzenten, die mit der Zeit auf den Plan getreten sind, lässt sich, so scheint es, zwanglos in ein neues Bild einfügen, das nicht mehr von einem einheitlich gedachten staatlichen Willen, sondern von der Fragmentiertheit der Gesellschaft und ihres Rechts ausgeht. Innerstaatliches oder auch exterritorial wirkendes staatliches Recht hätte hier ebenso seinen Platz wie das Völkerrecht, die lex mercatoria des internationalen Handels und die corporate governance- Standards multinationaler Unternehmen, aber auch schwächer normierte Vereinbarungen oder Prozeduren zwischen Regierungen oder Regierungen und privaten Unternehmen, schließlich auch die normsetzenden Aktivitäten vieler Nichtregierungsorganisationen (NGOs). Die funktionale Differenzierung der Weltgesellschaft kann rechtstheoretisch beschrieben, womöglich sogar erklärt werden." (Kadelbach und Günther 2011, S. 14)

Aber nicht nur die Staatsskeptiker „outen" sich als Anhänger eines pluralistischen Rechtsbegriffs, sondern auch die – wie wir sie nennen wollen – „Globalisierungsfreunde" die über eine nicht-staatliche Weltordnung nachdenken, sind zugleich Freunde der Theorie des Rechtspluralismus; Gunther Teubner hat dies in seinem zu Recht so oft und zustimmen zitierten Aufsatz über „Global Bukowina" zutreffend wie folgt erklärt:

> „Globales Recht läßt sich nur durch eine Theorie des Rechtspluralismus und durch eine entsprechend pluralistisch konzipierte Rechtsquellenlehre angemessen interpretieren. Erst vor kurzem hat die Theorie des Rechtspluralismus eine erfolgreiche Wandlung durchgemacht, indem sie ihren Fokus vom Recht kolonialer Gesellschaften auf die Rechtsformen verschiedener ethnischer, kultureller und religiöser Gemeinschaften innerhalb des modernen Nationalstaates umstellte. Heute müßte sie den Fokus wieder neu einstellen – vom Recht der Gruppen auf das Recht der Diskurse. Ebenso müßte die juristische Rechtsquellenlehre ihre Aufmerksamkeit auf neuartige ‚spontane' Rechtsbildungsprozesse lenken, die sich – unabhängig vom einzelstaatlich oder zwischenstaatlich gesetzten Recht – in verschiedenen Bereichen der Weltgesellschaft entwickelt haben." (Teubner 1996, S. 257)

Dieser Eingangsbefund von der Popularität der Theorie des Rechtspluralismus sollte uns Anlass genug sein, an dieser Stelle einen kurzen Blick auf die drei Wellen der Aufmerksamkeit gegenüber dem Phänomen normativer Pluralität zu werfen, die Marc Hertogh in seinem Aufsatz „What is Non-state Law?" (2007) identifiziert hat:

Die erste Aufmerksamkeitswelle, in der Literatur gerne als „klassischer Rechtspluralismus" bezeichnet, ist eine Frucht des Kolonialismus, eine Herrschaftsform, in der die Rechtsvorstellungen der Kolonialmächte auf die gelebten Rechtsstrukturen der kolonisierten Gesellschaften trafen; bei Hertogh heißt es zu dieser ersten Welle wie folgt:

> „The first wave of attention for non-state law is set against the background of colonialism. In Africa, Asia, the Pacific and elsewhere, the colonizer was confronted with a situation of local rules and customs without the presence of a Western-style central state. ‚Social scientists (primarily anthroplogists) were interested in how these people maintained social order withour European law' […]. This focus on non-state law is associated with ‚classic jegal pluralism' and typically looks at the intersections of

> indigenous and European law [...]. Although there was some information available on customary and religious laws in law reports and administrative minutes of the colonial powers, studies specifically conducted on the laws and cultures of pre-industrial societies did not generally much appear before the early years of the 20th century [...]." (Hertogh 2007, S. 4)

Die zweite Aufmerksamkeitswelle hat von Sally Engle Merry (1988) den hübschen Namen „legal pluralism at home" erhalten, womit gemeint ist, dass das Phänomen normativer Pluralität nichts Exotisches an sich hat, das nur in fremden Weltgegenden und bei fremden Völkern vorkommt, sondern auch zu Hause anzutreffen ist, z. B. beim Umgang mit „immigrant groups and cultural minorities":

> „Beginning in the late 1970s, a new wave of attention for non-state [law, G. F. S.] is developing as well. Typical for this second wave, is that more and more sociolegal scholars become interested in applying the concept of legal pluralism to noncolonized societies, particularly to the advanced industrial countries of Europe and the United States. This development is sometimes referred to as ‚new legal pluralism' or ‚legal pluralism at home' [...] This constitutes an important shift in the study of non-state law. It means that in contexts in which the dominance of a central legal system is unambiguous, ‚this [approach] worries about missing what else is going on; the extent to which other forms of regulation outside law constitute law.'" (Hertogh 2007, S. 7)

Die dritte Aufmerksamkeitswelle, die mit andauernder Wucht daherkommt, kann kurz und knapp als Globalisierungswelle bezeichnet werden: *Legal Pluralism* avanciert zu *Global Legal Pluralism* (Berman 2009; Michaels 2009). Auch dazu wollen wir Marc Hertogh kurz das Wort geben, der nicht nur diese dritte Welle beschreibt, sondern zugleich die wichtigsten Autoren benennt, die zu dem großen Schwung dieser Aufmerksamkeitswelle beigetragen haben:

> „The third, and most recent, wave of attention for non-state law is related to globalization. In general terms, this refers to the ‚movement diffusion and expansion [of trade, culture, and consumption], from a local level and with local implications, to levels and implications that are worldwide, or, more usually, that transcend national borders in some way' [...]. A growing number of authors claim that these developments also have profound legal implications: ‚Globalization reminds us that the state is constrained not only by other states and supranational organizations, but also by non-state organizations (e. g. NGOs), communities (e. g. religious groups), and powerful private players (e. g. multinational corporations). All these actors, in one way or another, play roles in the globalizing world that were traditionally reserved to the state. One of these roles might be the role of lawmaker.' It is argued that, after ‚classic' and ‚new' legal pluralism, these developments should be interpreted in terms of ‚global legal pluralism' [...].Similar to the Austro-Hungarian empire of the early twentieth century, in which Eugen Ehrlich identified many different social associations with their own legal order, the present social and legal context can be understood as a ‚Global Bukowina' [...]. The study of this ‚global law without a state' or ‚post-Westphalian conception of law' [...] focuses primarily on two fields: (i) the development of international merchant law; and (ii) human rights law." (Hertogh 2007, S. 14)

Gerade diese dritte Welle ist es, die den uns interessierenden Staatsanteil von Recht zentral betrifft; erst mit der zum *Global Legal Pluralism* führenden Globalisierungswelle wird mit dem Anliegen Eugen Ehrlichs – der Entkopplung von Staat und Recht – wirklich Ernst gemacht und der Staat vom Sockel eines *Legal Centralism* gestoßen; so jedenfalls sieht es Marc Hertogh, der in der Zusammenfassung seines Beitrages dazu Folgendes ausführt:

> “The socio-legal literature is characterized by three waves of attention for non-state law, which highlight important changes in law and in society. First and foremost, however, they illustrate the changing role of the state. One of the most significant characteristics of colonialism was the powerful presence of the (foreign) national state. This undisputed presence of the state continued during the second wave of attention, albeit – of course – with important legal, political, and social differences. The third wave of globalization is, however, significantly different from its two predecessors. Here, as illustrated by the examples of the new lex mercatoria, Internet law and human rights law, the national state only plays a minor role or has disappeared altogether. Moreover, these latest examples of non-state law are no longer connected with marginalized tribal societies, immigrant groups or cultural minorities, but with large multinational businesses and powerful non-governmental organizations.
>
> This raises all sorts of important questions about law, about the role of the state legislature, but also about the future of legal studies. Writing in the early twentieth century, Ehrlich argued that the legal scholars of his day seriously impoverished the science of law because they confined their attention to the national state. Today, in the rapidly changing ‚Global Bukowina‘ of the twenty-first century, Ehrlich’s plea for a decoupling of law from the state has still lost little of its relevance and a ‚liberation from these shackles‘ seems more appropriate than ever.” (Hertogh 2007, S. 27)

Wenn man all diese Stimmen noch einmal Revue passieren lässt, dann kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die bisherige Dominanz des staatszentrierten Rechtsbegriffs längst zu erodieren begonnen hat und dass dem Konzept des Rechtspluralismus die Zukunft gehört. Wir haben daran unsere Zweifel, die wir nicht unterdrücken wollen.

II. The troubled concept of Legal Pluralism

Unter dieser Überschrift hat Brain Tamanaha (2008) in fast mitfühlender Weise die theoretischen Schwächen des Konzepts des *Legal Pluralism* offengelegt und insbesondere kritisiert, „that legal pluralists can not agree on the fundamental issue: what is law?“ Dies ist auch unsere Wahrnehmung und wir wollen Tamanaha an dieser Stelle Gelegenheit geben, seiner Skepsis Ausdruck zu verleihen; er tut dies, indem er zunächst noch einmal das von den Rechtspluralisten verwendete Weitwinkelobjektiv beschreibt:

> „John Griffiths, whose 1986 article ‚What is Legal Pluralism‘ is the seminal piece in the field, set forth the concept of law that is adopted by most legal pluralists […]. After considering and dismissing several alternatives as inadequate, Grifftiths argued that Sally Falk Moore’s concept of the ‚semi-autonomous social field‘[8] – social fields that have the capacity to produce and enforce rules – is the best way to identifiy and delimit law for the purposes of legal pluralism. There are many rule generating fields in society, hence there are many legal orders in society, including the family, corporations, factories, sports leagues, and indeed just about any social arena with social regulation. In another important and often cited early theoretical exploration of legal pluralism, published in 1983, Merc Galanter asserted: ‚By indigenous law I refer not to some diffuse folk consciousness, but to concrete patterns of social ordering to be found in a variety on institutional settings – universities, sports leagues, housing developments, hospitals.‘“ (Tamanaha 2008, S. 30)

[8] Siehe dazu bereits das dritte Kapitel (Stichwort „legal spaces“) – G. F. S.

Dann zeigt Tamanaha gerade am Beispiel des prominentesten Vertreters des Rechtspluralismus, wie ratlos dieser letztlich ist, wenn es um die Beantwortung der Frage „What is law?" geht:

> „The problem with this approach, as Sally Engle Merry noted almost 20 years ago, is that ‚calling all forms of ordering that are not state law by the term law confounds the analysis'. Merry asked: ‚Where do we stop speaking of law and find ourself simply describing social life?' Galanter was aware of this difficulty at the very outset: ‚Social life is full of regulations. Indeed it is a vast web of overlapping and reinforcing regulation. How then can we distinguish "indigenous law" from social life generally?' Legal pluralists have struggled valiantly but unsuccessfully to overcome this problem. In an article canvassing almost twenty years of debate over the conceptual underpinnings of legal pluralism, Gordon Woodman, the longtime co-Editor of the Journal of Legal Pluralism, conceded that legal pluralist are unable to identify a clear line to separate legal from non-legal normative orders. ‚The conclusion', Woodman observed, ‚must be that law covers a continuum which runs from the clearest form of state law through to the vaguest forms of informal social control.' Similarly, Johns Griffith asserted that ‚all social control is more or less legal'. Consistent with this view, a recent theorist on legal pluralism suggested that law can be found in ‚day-to-day human encounters such as interacting with strangers on a public street, waiting in lines, and communicating with subordinates or superiors…'. Nothing prohibits legal pluralists from viewing law in this extraordinarily expansive, idiosyncratic way, although common sense protests against it. When understood in these terms, just about every form of norm governed social interaction is law. Hence, we are swimming – or drowning – in legal pluralism." (Tamanaha 2008, S. 30 f.)

Da wir aber keineswegs vorhaben, im Meer des Rechtspluralismus zu schwimmen oder gar zu ertrinken, versuchen wir es mit einer weiteren Annäherung, indem wir einen Blick auf das scheinbar einfache Beispiel der Spielregeln werfen.

C. Zur schwierigen Abgrenzbarkeit von Recht und Nicht-Recht: das scheinbare einfache Beispiel der Spielregeln

Spielregeln scheinen auf den ersten Blick ein klarer Fall von Nicht-Recht zu sein, heißt es doch in § 762 Abs. 1 Satz 1 BGB, mit dem sich das deutsche Zivilrecht unmissverständlich vom Spiel lossagt wie folgt: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet". Dies ist eine klare Aussage und an ihr gibt es auch hier nichts zu rütteln. Denkt man aber – wie wir – in Normen als Oberbegriff für Regelungen verschiedenen Verbindlichkeitsgrades, sieht die Sache schon anders aus. Dies zeigt das nachfolgende Zitat von Max Weber, auf das wir durch Andreas von Arnauld gestoßen sind:

> „Zunächst kann die ‚Norm': die Spielregeln also, als solche zum Gegenstand rein gedanklicher Erörterungen gemacht werden. Dies wiederum entweder praktisch wertend: so wenn z. B. ein ‚Skat-Kongreß' […] sich damit befaßt, ob es nicht vom Standpunkt jener (‚eudämonistischen') ‚Werte', denen der Skat dient, angebracht sei, fortan die Regel aufzustellen: jeder Grand geht über Null Ouvert, – eine skat*politische* Frage. Oder aber dogmatisch: ob z. B. eine bestimmte Art des Reizens ‚konsequenterweise' eine bestimmte Rangfolge jener Spiele im Gefolge haben ‚müßte', – eine Frage der allgemeinen Skatrechtslehre in ‚naturrechtlicher' Problemstellung. In das Gebiet der eigentlichen Skat*ju-*

> *risprudenz* gehört sowohl die Frage, ob ein Spiel als ‚verloren' zu gelten habe, wenn der Spieler sich ‚verworfen' hat, wie alle Fragen danach, ob in concreto ein Spieler ‚richtig' (= normgemäß) oder ‚falsch' gespielt habe. Lediglich *empirischen*, und zwar näher: ‚historischen' Charakters ist dagegen die Frage, *warum* ein Spieler in concreto ‚falsch' gespielt hat (wissentlich? versehentlich? usw.)." (Weber 1973, S. 337).

In seinem Beitrag „Normativität von Spielregeln" hat von Arnauld diesen offenbar nicht zu leugnenden Normcharakter von Spielregeln zum Anlass genommen, etwas genauer über den normativen Status von Spielregeln und ihre Ähnlichkeit mit anderen *verhaltenssteuernden Regeln* nachzudenken. Dabei sind ihm erstaunlich viele *Parallelen* aufgefallen, unter anderem die, dass Spielregeln ein regelgeleitetes Verhalten einer Spielgemeinschaft normieren und zwar mit großer Eindeutigkeit:

> „Nun ist der Begriff der ‚Norm' nicht juridisch monopolisiert: Er begegnet uns in vielfältigen Kontexten, im Zusammenhang mit menschlichem Handeln in der praktischen Philosophie und in der Soziologie. Nähert man sich nun all diesen Normen über deren (intendierte) Wirkungsweise, so erscheinen sie als *handlungsleitende Propositionen*: Mittels (zumindest sprachlicher) Anordnung soll das Verhalten einem Sollen entsprechend gesteuert werden. Die hier zu Tage tretenden *Parallelen zwischen Rechtsnormen*, die zu einem propositionsgemäßen Verhalten innerhalb der Rechtsordnung verpflichten, und *Spielregeln*, die regelmäßiges Verhalten innerhalb der Spielordnung fordern, *sind offenbar*. Nähert man sich Rechts- und Spielregeln ‚von außen', fallen weitere Gemeinsamkeiten auf: Rechtsnormen sind zumeist kodifiziert; sie sind nur bedingt gesellschaftlichem Wandel unterworfen, da sie regelmäßig durch einen besonderen Kreationsakt gesetzt werden; die Schaffung von Rechtsnormen geht nicht von der Gesellschaft als ganzer aus, sondern ist bestimmten Funktionsträgern als Kompetenz zugewiesen; die an einen Verstoß gegen Rechtsnormen geknüpften Sanktionen sind gegenüber allgemeinen gesellschaftlichen Reaktionen auf Normenverletzung institutionalisiert. Vergleichbare Beobachtungen lassen sich, mutatis mutandis, im Spiel machen: Auch Spielregeln sind oftmals kodifiziert und auf einen besonderen Kreationsakt zurückzuführen (vgl. die vom Spielerfinder beigefügten Spielregeln); Verstöße können durch Sanktionen geahndet werden, im Übrigen bleibt die Disqualifizierung als Ausschluss aus der Spielgemeinschaft." (Arnauld 2003, S. 17 f.)

Spielregeln stimmen mit Rechtsnormen auch insofern überein, als es sich um *allgemeine Regeln* handelt mit einem generellen Adressatenkreis wo und wann immer gespielt wird:

> „Auch Spielregeln sind zunächst in dem Sinne allgemein, dass sie sich generell an alle Mitspieler und nicht nur an einen einzelnen Spieler wenden. Sie sind auch in dem Sinne allgemein, dass sie sich auf wiederkehrende Spielsituationen beziehen und damit auch in zeitlicher Hinsicht eine Mehrzahl von Fällen erfassen – vorbehaltlich einer Änderung der Spielregeln während des Spiels. Dem korrespondiert der Glaube der Mitspieler, dass ein Regelverstoß, jedenfalls wenn dieser entdeckt wird, für sie nachteilige Konsequenzen haben wird; auch im Spiel gibt es eine ‚allgemeine Gewohnheit zu gehorchen'. […] Hier tritt der autonome Charakter des Spiels hervor, dessen ‚Souverän' die *Spielgemeinschaft* als solche ist, die sich ihre Regeln selbst gibt. Parallelen zur Volkssouveränität (vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG: ‚Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.') sind hier mehr als deutlich." (Arnauld 2003, S. 20 f.)

Eine weitere Parallele besteht auch darin, dass Spielregeln wie Rechtsnormen einen hohen Grad von Verbindlichkeit aufweisen:

> „Dass Spielregeln *in derselben Weise* verbindlich sind wie Rechtsregeln, dürfte deutlich geworden sein. Die Parallelen gehen aber hierüber hinaus: Das regelgeleitete Spiel beruht wie das Recht fundamental

> auf der Voraussetzung, dass alle Beteiligten prinzipiell bereit sind, sich an die Regeln zu halten. Insoweit lässt sich sogar davon sprechen, dass Spielregeln *in demselben Grade* verbindlich sind wie die Normen des Rechts. Werden die Spielregeln *generell* missachtet, bricht das Spiel zusammen. Dass dies keine nennenswerten gesellschaftlichen Folgen hat, mag einen zunächst an dieser Feststellung zweifeln lassen; das pacta sunt servanda aber ist für (regelgeleitetes) Spiel und Recht gleichermaßen existentiell. Allerdings wird die *einzelne* Spielregel für sich genommen meist *nicht in demselben Maße* für verbindlich erachtet wie eine Rechtsregel. Dies liegt zum einen an dem geringeren Grad der sozialen Notwendigkeit, auf die sich die je systemspezifische opinio necessitatis bezieht, zum anderen an der Rolle der Spieler als ‚Herren des Spiels', also an der Möglichkeit, die Regeln ohne Zwischenschaltung von Verfassungsinstitutionen jederzeit selbst ändern zu können. Berücksichtigt man, dass das Spiel gegenüber dem rechtlich determinierten sozialen System erheblich kleiner und weitaus weniger komplex ist und dass die einzelne Spielregel in ihrem Bestand ‚gefährdeter' ist als die einzelne Norm des Rechts, *lässt sich von einer ‚Mikronormativität' der Spielregeln* sprechen; deren Wirkungsweise aber ist ‚echt' normativ. Normativ im juristischen Sinne sind Spielregeln letztlich allein deswegen nicht, weil sie dem rechtlichen System nicht zugehörig sind. Die Basis für einen Vergleich von Rechtsregeln und Spielregeln als Normen ist damit jedoch gegeben." (Arnauld 2003, S. 35 f.)

Wir finden diese Überlegungen Andreas von Arnaulds zum normativen Status von Spielregeln äußerst hilfreich; sie geben nämlich erste wichtige Fingerzeige für diejenigen Kriterien, die für eine Einordnung eines Regelungsregimes als Recht oder Nicht-Recht von Belang sein könnten; diese Kriterien sind etwa – jetzt noch nicht systematisiert – die folgenden:

- Gelten die jeweiligen Regeln allgemein?
- Haben sie eine klar identifizierbare Quelle, also einen „Regelsetzer"?
- Sind die Regeln kodifiziert?
- Gibt es ein bestimmtes Verfahren, dass bei ihrer Änderung zu beachten wäre?
- Wie hoch ist der Grad der Regelbefolgung (Compliance)?
- Sind für den Fall des Regelverstoßes Sanktionen vorgesehen? Wenn ja, welche?

Daran können wir wunderbar anknüpfen und wir werden weiter unten versuchen, diesen Kriterienkatalog noch weiter auszubauen.

D. Übergänge sprachfähig zu machen als zentrale methodische Herausforderung

Wir werden sogleich noch näher darlegen, dass mit kategorialen Entgegensetzungen und Denken in Dichotomien weder dem Staatsbegriff, noch dem Rechtsbegriff beizukommen ist. Es bedarf also eines Ansatzes, der – wie Patrick Glenn es formuliert hat – „degree-theoretic" (Glenn 2013, S. 273) ist, d. h. in Übergängen statt in Dichotomien denkt: Die zentrale methodische Herausforderung besteht daher darin, solche Übergänge sprachfähig zu machen. Warum dies so ist, gilt es jetzt an drei Beispielsbereichen zu veranschaulichen.

I. Zur Notwendigkeit, das Denken in kategorialen Dichotomien zu überwinden: Drei Beispiele

1. Zur Fragwürdigkeit der Scheidung von Vormoderne und Moderne

Mit dieser Überschrift geben wie den Untertitel eines Beitrages des Historikers Steffen Patzhold wieder, in dem er sich mit der Frage beschäftigt, ob es in der Geschichtswissenschaft weiterhin Sinn macht, von einer dichotomischen Trennbarkeit von Vormoderne und Moderne auszugehen, einer Frage, die er eng mit dem weiteren Standardproblem der Mediävistik verknüpft sieht, ob mittelalterliche Herrschaft als Staat bezeichnet werden kann (Patzold 2012). In der Zusammenfassung seines Beitrages unter der Überschrift „Vormoderne versus Moderne?" hat er die folgenden Überlegungen angestellt:

> „Offenbar verlieren grundlegende Kategorien, die die Sozialwissenschaften für die Beschreibung der Moderne verwendet haben, im Zuge des jüngeren Wandels von Staatlichkeit ihre Selbstverständlichkeit. […] Im Zuge dessen wird eben auch neu justiert, was ein Staat sein kann. Die Diskussion der deutschen Mediävistik über den Staat hinkt dieser jüngeren Entwicklung hinterher: Sie ist noch immer geprägt von den Kriterien, die im 19. Jahrhundert begründet worden sind – und gegen die dann, in den 1930er Jahren, die Neue Verfassungsgeschichte zu Felde gezogen ist. In der aktuellen politologischen Diskussion über den Staat gibt es aber nicht mehr nur den ‚modernen Staat' à la Jellinek oder Weber oder ‚gar keinen Staat'. Es gibt nicht mehr nur Schwarz und Weiß – sondern *ein breites und nuanciertes Spektrum von Grau-Tönen*, vom dunklen Anthrazit Somalias bis hin zum frischen Aschgrau der Bundesrepublik Deutschland." (Patzold 2012, S. 420)

Mit dem Befund eines solch breiten Spektrums an Grautönen wird – und auf diese Konsequenz kommt es uns an – ein Denken in Dichotomien hinfällig:

> „Um es zuzuspitzen: Wir selbst haben den ‚modernen Staat' mit voller Souveränität und vollem Gewaltmonopol nicht mehr; und doch fallen wir deshalb nicht wieder zurück in eine ‚Vormoderne'. Damit verliert die Dichotomie von ‚modern'- staatlich versus ‚vormodern'-nichtstaatlich ihre Plausibilität. Für Mediävisten ist das eine spektakuläre Situation: Wir müssen die politischen Ordnungen des Mittelalters nicht mehr in Analogie zum ‚modernen Staat' beschreiben, wie es Georg Waitz und andere seit dem 19. Jahrhundert getan haben, zuletzt etwa noch Hubert Mordek in seiner Analyse des Kapitulars von 779. Wir müssen sie aber auch nicht mehr wie Otto Brunner in den 1930er Jahren, als alteritär, vormodern, nichtstaatlich beschreiben. Unsere eigene Welt kennt ein weites Spektrum unterschiedlicher Möglichkeiten und Grenzen politischer Organisation zur Herstellung von Sicherheit. Statt die Geschichte in zwei große Schubladen zu pressen, können wir politische Ordnungen in weiter Diachronie miteinander vergleichen, ohne deshalb historische Unterscheide auszublenden. *So lässt sich eine neue, differenziertere Typologie jenseits der Dichotomie von Vormoderne und Moderne entwickeln*." (Patzold 2012, S. 420 f.)

Nach diesen generellen Vorüberlegungen wendet er sich der Frage zu, ob man die Governance-Strukturen des Mittelalters mit denen in fragilen Staaten vergleichen kann, eine Frage, die uns selbst brennend interessiert und der wir mit Stefan Esders in unserem Gemeinschaftswerk *Modernes Regieren im Mittelalter oder mittelalterliches Regieren in der Moderne?* (Esders und Schuppert 2015) nachgegangen sind:

„Das bedeutet am Beispiel konkretisiert, dass wir aufhören können darüber zu diskutieren, ob das von Karl dominierte Gebiet um 778 ein Staat (oder auch nur ein Reich) gewesen sei oder nicht. Stattdessen können wir *nach Grautönen fragen*, wie wir sie aus unserer Gegenwart kennen. Wir können beispielsweise nach Parallelen und Unterschieden zwischen Karls Reich und fragilen Staaten fragen: Karl organisierte seine Macht seit Mitte der 790er Jahre im wesentlichen von einem einzigen Zentralort aus, nämlich von Aachen. In einige Regionen reichte sein Einfluss kaum oder gar nicht. Was Mediävisten ‚den Adel' oder ‚die Reichsaristokratie' nennen, steht in interessanter Parallele *zu heutigen warlords*: Die Aristokraten agierten in der Peripherie als Kriegsherren auf eigene Rechnung – und ließen sich doch zugleich vom Hof mit Ämtern und Titeln ausstatten. Wie in heutigen fragilen Staaten sehen wir auch Ende der 770er Jahre in Mittel- und Westeuropa die hohe politische *Bedeutung von Clan-Strukturen*, ein Ineinander von Religion und Politik, in der Peripherie die Allgegenwart und Dauerhaftigkeit von gewaltsam ausgetragenen Konflikten geringer Intensität. Nota bene: Es geht nicht darum zu behaupten, Afghanistan oder Somalia seinen vormoderne oder gar mittelalterlich; es geht darum, *politische Ordnungen jenseits dieser Epochendualität miteinander zu vergleichen, um zu einer neuen Typologie zu gelangen*." (Patzold 2012, S. 421)

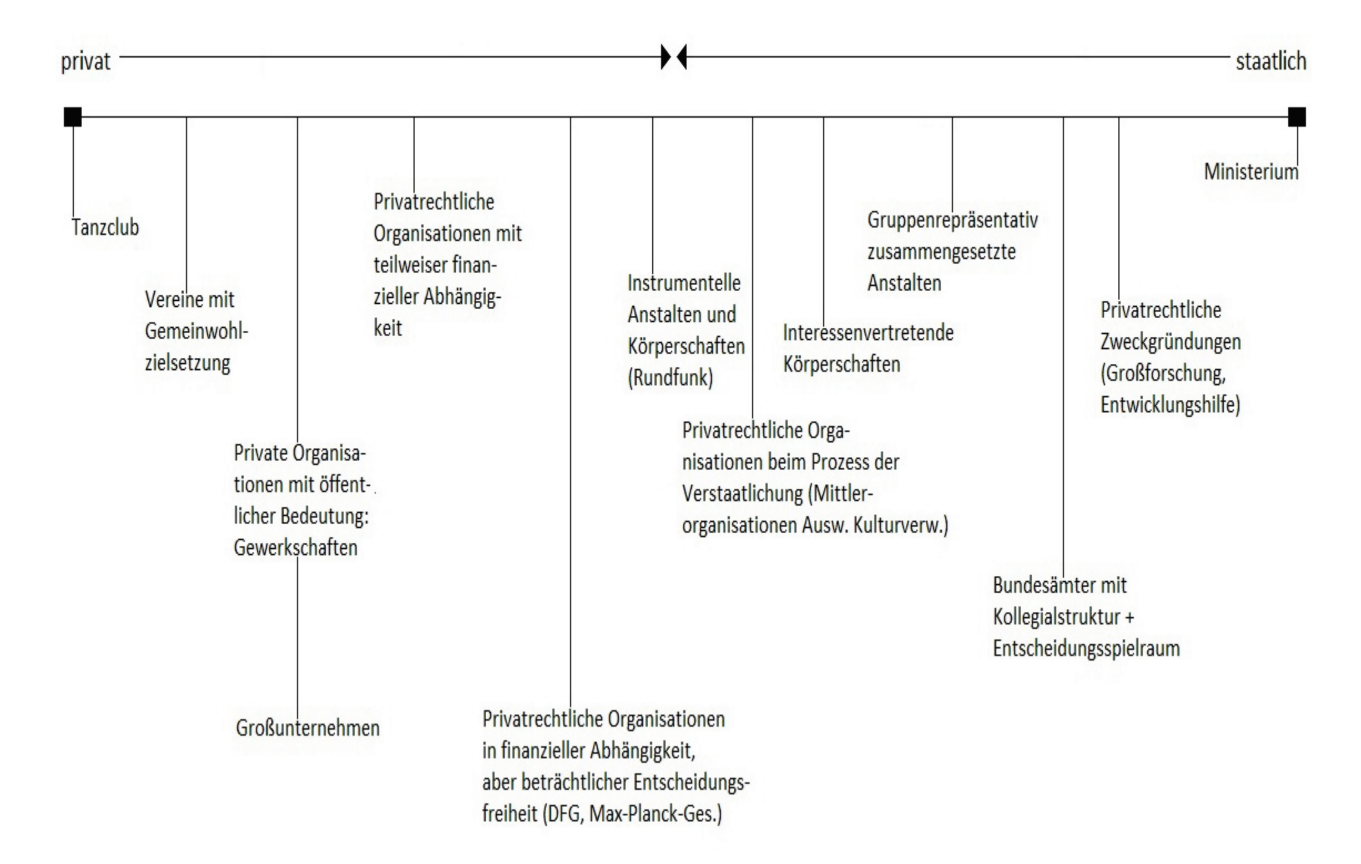
Statt in den Kategorien „schwarz" oder „weiß" zu denken, empfiehlt uns Patzhold also mit – wie wir finden – sehr plausiblen Argumenten, uns dem Studium der „Grautöne" zuzuwenden und uns an einer Typologie von Governance-Regimen zu versuchen.

2. Zur Fragwürdigkeit der Scheidung von öffentlich und privat

Die Frage der Unterscheidbarkeit von öffentlich und privat beschäftigt uns seit unserer Habilitationsschrift, in der wir uns mit dem Phänomen der Trabanten des Verwaltungssystems beschäftigt haben (Schuppert 1981), und zwar gerade unabhängig von der Frage, ob der jeweilige Trabant öffentlich-rechtlich organisiert ist – also als Anstalt oder Körperschaft – oder privatrechtlich als Verein, GmbH oder in einer anderen Form. Aus der in dieser Arbeit eingenommenen verwaltungswissenschaftlichen Perspektive konnte es bei der Frage nach dem Öffentlichkeitsstatus bestimmter Verwaltungstrabanten nicht um dichotomische Entgegensetzungen, sondern nur um *graduelle Abstufungen* gehen; diesen Standpunkt haben wir damals mit aller Entschiedenheit wie folgt formuliert:

„Weniger ertragreich [als hinsichtlich der ‚Entdeckung' des Bereichs des Öffentlichen, G. F. S.] ist die Literatur hingegen bezüglich der Frage, wie der Bereich des Öffentlichen gegenständlich oder funktional möglichst exakt abzugrenzen wäre. Das kann im Ergebnis nicht überraschen, liegen doch die Probleme gerade darin, in etwa den Punkt zu bestimmen, an dem eine Organisation sei es den Bereich reiner Privatheit, sei es den der öffentlichen Verwaltung verläßt oder betritt. Diese Aufgabe ist nicht zu lösen und würde zudem mißverstanden, ersetzte man die Dichotomie öffentlich-rechtlich und privatrechtlich durch die Trichotomie öffentlich-rechtlich, öffentlich und privat. Sofern auf diese Weise tradiertes Bereichsdenken – um eine dritte Dimension erweitert – fortgesetzt werden soll, ist man einen kleinen, aber keinen entscheidenden Schritt vorangekommen. Einem *Problembereich fließender Übergänge* kann nur eine Klassifizierungsmethode gerecht werden, die solche Übergänge einbezieht und auch zu erfassen vermag, daß Organisationen sich in die eine oder andere Richtung entwickeln können und tatsächlich entwickeln (z. B. durch Zielerweiterungen wie bei Bürgerinitiativen oder Gewerkschaften). Mit anderen Worten: *weiterzuführen verspricht nur ein methodischer Ansatz, das Ausmaß der Öffentlichkeit einer Organisation als eine Frage der graduellen Abstufung zu betrachten*." (Schuppert 1981, S. 92)

Getreu dieser Auffassung haben wir uns an einer *Skalierungstabelle* versucht, die wir dem Leser nicht vorenthalten wollen (nach Schuppert 1981, S. 98; die Pfeile sollen anzeigen, dass Organisationen in den staatlich/öffentlichen Sektor auch hineinwachsen oder ihm *vice versa* auch entwachsen können):



Die Frage nach der Unterscheidbarkeit von öffentlich und privat stellt sich aber nicht nur im Bereich der Verwaltungsorganisation, sondern zum Beispiel auch bei dem Problem, ob man *private und öffentliche Räume* unterscheiden kann, eine Frage, die keineswegs beliebig ist, von deren Beantwortung viel mehr die Anwendbarkeit des „passenden" Rechtsregimes abhängt: Privatrecht oder öffentliches Recht. Am Beispiel von *Bahnhöfen und Flughäfen* haben Jens Kersten und Florian Meinel in ihrem Beitrag „Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räume" (2007) die folgenden Überlegungen angestellt:

> „Die räumliche Struktur der Öffentlichkeit verändert sich. Die politische Auseinandersetzung um den ‚öffentlichen Raum' wird vehement geführt: : [sic!] Dem Krisenbefund vom ‚Absterben des öffentlichen Raumes' steht die Beschwörung seiner ‚Renaissance' gegenüber. Weitgehende Einigkeit herrscht jedoch hinsichtlich der *Hybridisierung* öffentlicher und privater Räume: *Die Trennung zwischen privatem und öffentlichem Raum verliert ihre Schärfe*. In den Städten und um sie herum entstehen semi-

private und semi-öffentliche Räume: Private Räume öffnen sich dem allgemeinen Publikumsverkehr. So übernehmen beispielsweise Shopping Malls Funktionen von Innenstädten. Dagegen werden vormals genuin öffentliche Räume privatisiert: Nicht nur Innenstädte, sondern auch Bahnhöfe und Flughäfen verändern im Zuge der materiellen Privatisierung öffentlicher Aufgaben ihre soziale Funktion. Mehr und mehr werden vor allem Bahnhöfe zu Konsumtempeln, zu ‚Malls und Urban Entertainment Centern mit Gleisanschluß'.

In dieser neuen Welt der *urban governance* überlappen und überlagern sich nicht nur die räumlichen Funktionen, sondern auch die zuvor konzeptionell getrennten Rechtsregime öffentlicher und privater Räume. So verbinden sich private Mittel und öffentliche Zwecke zu öffentlich-privaten Partnerschaften. Mit ihnen lassen sich leichter Hand die Bindungen und Begrenzungen des öffentlichen Straßen- und Ordnungsrechts aufheben, indem das flexible Instrumentarium von Hausordnungen und Hausverboten eingesetzt wird, um die Attraktivität solcher Gestaltungsmodelle nicht durch die strikteren Vorgaben des öffentlichen Rechts aufs Spiel zu setzen. Wenn aber Hausverbote zum zentralen Ordnungsinstrument im öffentlichen Raum werden, so ist dies ein Indiz dafür, dass die *funktionelle Hybridisierung von öffentlichen und privaten Räumen* die Konvergenz der jeweiligen Reglungsregime nach sich zieht." (Kersten und Meinel 2007, S. 1127)

Vollends obsolet wird die Trennung von öffentlich und privat durch das Internet, dessen soziale Netzwerke zur Herausbildung eines wirklichen Novums geführt haben, nämlich von sogenannten *persönlichen Öffentlichkeiten* (Schmidt 2009), für das Phänomen digitalisierter Tagebücher ein besonders anschauliches Beispiel darstellt (mehr dazu Schuppert 2015).

3. Zur Fragwürdigkeit der Scheidung von Staat und Nicht-Staat

a) Vom Staat zu Varieties of Statehood

Schon vor einiger Zeit ist uns aufgefallen, dass sich der Begriff *Staatlichkeit* zunehmender Beliebtheit erfreut, und zwar – so unsere Vermutung – weil er just aus der soeben geschilderten Verlegenheit befreit, sich zwischen „Staat" und „Nicht-Staat" entscheiden zu müssen; in unserem Büchlein *Staat als Prozess* hatten wir dazu unter der Überschrift „Staat und Staatlichkeit" Folgendes notiert:

„Unsere soeben referierten Beobachtungen zur semantischen Entkopplung von Recht und Staat müssen uns zwangsläufig für einen offenbar parallel verlaufenden Prozess sensibilisieren, nämlich für die zunehmende Verwendung des Begriffs Staatlichkeit an Stelle oder neben dem des Staates. Dies geschieht häufig offenbar eher unreflektiert, jedenfalls ohne dezidierte Erläuterungen zu der Frage, warum der eine oder der andere Begriff oder beide nebeneinander Verwendung finden. […]

Auch wir selbst haben uns – wie wir an dieser Stelle einräumen müssen – bisher nicht eben durch eine hinreichend klare Begriffsunterscheidung von Staat und Staatlichkeit hervorgetan.

Aber es gilt, dazuzulernen und aus dem ‚semantic shift' von Rechtsstaat zu Rechtsstaatlichkeit die naheliegenden Lehren zu ziehen. Die wichtigste Lehre scheint uns darin zu bestehen, dass man Staat und Staatlichkeit nicht synonym verwenden sollte, sondern dass mit der Verwendung des Begriffs der Staatlichkeit auch Gebilde erfasst werden können – ‚étatique ou non-étatique' – die entweder im Rechtssinne keine Staaten sind oder aber nur teilweise oder defizitär das erfüllen, was wir normaler-

> weise mit dem Staatsbegriff verbinden und von einem modern-westlich verstandenen Staat als Typus an Leistungen erwarten. Was also mit dem Staatlichkeitsbegriff ermöglicht wird, ist, die ganze *bunte Welt der ‚varieties of statehood*' zu betreten und in ihr die verschiedenen ‚*configurations of statehood*' […] zu studieren und diese eben nicht nur aus dem verengenden Blickwinkel der OECD-Staatstypen zu betrachten." (Schuppert 2010, S. 127 f.)

Genau in diese Richtung argumentieren nunmehr Peter Eich, Sebastian Schmidt-Hofner und Christian Wieland in ihrem grundlegenden Beitrag „Der wiederkehrende Leviathan: Zur Geschichte und Methode des Vergleich spätantiker und frühneuzeitlicher Staatlichkeit" (Eich et al. 2009); die Zentralbegriffe dieses Aufsatzes wie des von ihnen herausgegebenen Sammelbandes *Der wiederkehrende Leviathan* heißen „Staatlichkeit und Staatswerdung". Es geht ihnen nicht um das Endprodukt *Staat*, sondern um „Prozesse institutioneller Verstetigung und Verdichtung" (Eich et al. 2009, S. 13) und um die Herausbildung staatlicher Strukturen:

> „Nun steht außer Zweifel, daß die Existenz moderner Staatlichkeit nicht ohne die Geschichte der vormodernen Staatswerdung angemessen beschrieben werden kann und daß man, wenn man Entwicklungen beschreibt, gar nicht umhin kann, Vorphasen, Höhepunkte und Niedergangsprozesse als solche zu identifizieren und explizit zu benennen. Doch birgt gerade diese Kategorisierung der Frühen Neuzeit als ‚Vorgeschichte' immer die Gefahr, Phänomene, die nicht in die Richtung moderner *Staatlichkeit* weisen, entweder nicht wahrzunehmen oder aber sie anachronistisch – eben mit dem Wissen um das Ergebnis – zu bewerten. Einen Ausweg aus dieser ‚Teleologiefalle' bietet der bereits angedeutete *Vergleich frühneuzeitlicher staatlicher Strukturen* mit zeitgleichen, jedoch geographisch und kulturell weit entfernten *Staatsgebilden* wie denen des Osmanischen Reichs, Indiens oder Chinas; einen anderen der mit chronologisch entfernten wie dem des Römischen Reichs der Spätantike. Mit Hilfe eines derartigen Vergleichs nämlich wird wesentlich das Bewußtsein um die Historizität des eigenen Standpunkts geschärft: Auch die durch den ‚modernen Staat' des 19. und 20. Jahrhunderts geprägte Perspektive ist eben dies, eine Perspektive bzw. ein ‚Sehepunkt', und bedarf folgerichtig der Relativierung." (Eich et al. 2009, S. 16)

Vom Staat als solchem ist eigentlich kaum die Rede, vielmehr von Staatlichkeit, Staatsgebilden oder staatlichen Strukturen; will oder kann man die Verwendung des Staatsbegriffs nicht vermeiden, so aber nur als ein extrem weites Begriffsdach, unter dem „variable historische politische Gemeinschaften" ihren Platz finden können.

b) Vom Staat über Herrschaftsstrukturen zu Governance

Eine weitere Möglichkeit, der kategorialen Falle „Staat oder Nicht-Staat" zu entkommen, besteht in der Nutzung des Governance-Konzepts. Der Charme des Governance-Ansatzes liegt einmal darin, dass der Begriff selbst „staatsfrei" daherkommt, zum andern darin, dass „Governance" – wie wir schon im ersten Kapitel dieses Buches dargelegt haben – kein staatsverdrängendes, aber ein staatsrelativierendes Konzept darstellt, in dem es zentral um das Zusammenwirken von staatlichen und nicht-staatlichen Governance-Akteuren geht. Die Schlüsselbegriffe des Governance-Ansatzes heißen Regelungsstrukturen und Governance-Regime (näher dazu Schuppert 2005b), womit wir unmittelbar an den soeben zitier-

ten Beitrag von Peter Eich et al. anknüpfen können, in dem es um Herrschafts*strukturen* und institutionelle Verdichtungen geht. Von da wäre es in der Tat kein weiter Weg zur Verwendung des Governance-Begriffs.

Auf dem Weg dorthin scheint uns – und wir hoffen, ihm damit nicht Unrecht zu tun – Christoph H. F. Meyer zu sein, der seinen Rezensionsaufsatz „Zum Streit um den Staat im frühen Mittelalter" mit den folgenden zusammenfassenden Bemerkungen abschließt:

> „So gesehen erscheint die Zurückhaltung gegenüber dem Staatsbegriff durchaus nachvollziehbar – zumindest soweit es in der Literatur um das frühmittelalterliche Recht schlechthin geht. Blickt man hingegen auf einzelne Quellen, schwinden die prinzipiellen Gewissheiten. […] Hinzu kommen Befunde, die nicht in das Gesamtbild passen. Was etwa ist mit Gesellschaften wie der westgotischen, in denen ein sozialer Erzwingungsmechanismus wie die Fehde keine besondere Rolle spielte? Es liegt auf der Hand, dass man unter solchen Vorzeichen etwa für die Iberische Halbinsel, das karolingische Friesland und das ebenfalls karolingische Oberitalien zu ganz unterschiedlichen Befunden, auch soweit es die Frage der Staatlichkeit angeht, gelangen kann.
>
> Mit dieser Überlegung ist bereits die Frage der weitergehenden Perspektiven angesprochen. Im Fazit seines Forschungsüberblicks […] trifft Rudolf Schieffer eine einfache und doch bedenkenswerte Unterscheidung: ‚Die Frage nach Vorhandensein und Qualität staatstheoretischer Konzepte ist zu trennen von der Untersuchung des Aufbaus und der Effizienz des *Herrschaftsapparates*.' Lässt man einmal Worte und Begriffe, Wissen und Vorstellungen beiseite und richtet den Blick auf den zweiten Punkt, ergibt sich die *Möglichkeit der Differenzierung und damit die Frage nach dem mehr oder weniger anstelle des Entweder-Oder*. Eine solche Perspektive hätte nicht nur den Vorteil, dass die Epochen vor und nach der Karolingerzeit noch stärker in die Betrachtung einbezogen werden könnten. Vielleicht würde dann auch den institutionellen Leistungen des Frühmittelalters im Vergleich zu einem übermächtigen zweiten Jahrtausend etwas mehr Gerechtigkeit widerfahren. Der Weg dorthin führt nicht zuletzt über grundsätzliche Fragen, wie sie sich im Streit um den Staat im frühen Mittelalter stellen." (Meyer 2010, S. 174)

Ein ganz explizites Bekenntnis zum Governance-Konzept findet sich in einem aktuellen Beitrag des Historikers Christoph Lundgreen mit dem Titel „Staatsdiskurse in Rom? Staatlichkeit als analytische Kategorie für die Römische Republik" (Lundgreen 2014); unter der Überschrift „Staat in der gegenwärtigen Diskussion" führt er dazu Folgendes aus:

> „Dass der Staat in der Diskussion ist, wird man nicht bestreiten können, dass Rolle und ‚Wesen' neu diskutiert und vermessen werden sieht man nicht zuletzt an der Arbeit gleich zweier Sonderforschungsbereiche: ‚Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit' (SFB 700 in Berlin) und ‚Staatlichkeit im Wandel' (SFB 597 in Bremen). Erwähnenswert sind hier zwei Diskussionsstränge, zum einen die Diskussion um Governance und dann die Rede von Staatlichkeit. Unter Governance ist dabei mit Renate Mayntz das ‚Gesamt aller nebeneinander bestehender Formen der kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte, von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstregelung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure' zu verstehen. Diese weite Fassung des Konzepts ist wichtig: Governance wird damit nicht als ein ‚den Staat ausblendendes Konzept,' sondern als ein ‚staatsrelativierendes' Konzept begriffen, das die ‚mit jeder Staatszentriertheit verbundene Gefahr der Blickverengung' vermeiden will und dessen ‚Mehrwert' in der ‚Prozesshaftigkeit und Dynamik der in ihm angelegten Perspektive' liegt, so Schuppert." (Lundgreen 2014, S. 28 f.)

Und wenig später fügt er unter der Überschrift „Noch einmal: ‚Staat' für (Alt-)Historiker? Perspektiven und Beispiele" Folgendes hinzu:

> „Welche Konsequenzen sind aus dieser Skizze zu ziehen? Die moderne Debatte zeigt in aller Deutlichkeit, dass es sinnvoll ist, ‚Staat' zwar als historisches Produkt, aber deswegen nicht als epochegebundenes Phänomen zu begreifen. Staatlichkeit sollte weiter erstens […] als steter Prozess und nicht als Zustand begriffen werden. Bewegungen innerhalb dieses Prozesses sollten zweitens nicht mit der Denkfigur von Aufstieg und Verfall oder anderen, teleologischen Begriffen gekoppelt werden, sondern analytisch als *schwächere oder intensivere Staatlichkeit* (jeweils mit spezifischen Vor- und Nachteilen) benannt werden. Wenn sich weiter der *Befund variierender Staatlichkeit* sowohl in den politikwissenschaftlichen Analysen des Gegenwart findet als auch in der historisch-vergleichenden Perspektive für das 19. Jahrhundert, sollte man auch für die Antike die strikte Dichotomie ‚Staat/Nicht-Staat' aufgeben – zumindest Odysseus in Ithaka und Rom unter Diocletian ließen sich so differenzierter darstellen." (Lundgreen 2014, S. 34 f.)

4. Eine kleine Zwischenbilanz

Wenn man die drei Beispiele – Moderne oder Vormoderne, öffentliche oder privat, Staat oder Nicht-Staat – noch einmal Revue passieren lässt, müsste man eigentlich spätestens jetzt davon überzeugt sein, dass mit einem Denken in kategorialen Entgegensetzungen und Dichotomien angesichts der komplexen Wirklichkeit kein Staat zu machen ist, jedenfalls dann nicht, wenn man – wie wir in diesem Buch – die Dinge analytisch und nicht normativ angeht. Eine empirisch gesättigte Analyse muss sich für die Grautöne interessieren und nicht für Schwarz oder Weiß; denn nach unserer Erfahrung spielt hier die Musik und werden Wandlungsprozesse von Staatlichkeit von den Verschiebungen von Sektoren und der Auflösung bisher vertrauter Grenzen sichtbar. Deswegen bedarf es – was wir jetzt erörtern werden – eines methodischen Ansatzes, der „degree-theoretic" ist und Übergänge, Skalierungen und Abstufungen zulässt.

II. Zur Notwendigkeit eines *Sliding Scale Approach*

1. Zum Denken in Abstufungen und Übergängen: Mehr als eine Notlösung

Wenn wir in diesem Buch und vor allem in diesem Kapitel die Notwendigkeit des Denkens in Abstufungen und Übergängen so stark machen, so nicht deshalb, um dies als Notlösung anzubieten, wenn und soweit Entgegensetzungen und Dichotomien nicht weiterhelfen; ein wunderbares Beispiel dafür, dass Letztere oft nicht sachgerecht sind, ist die Auseinandersetzung von Markus Meumann und Ralf Pröve mit dem Idealtyp des Absolutismus und der Verlegenheit der Historiker, wenn Idealtyp und erforschte Herrschaftspraxis auseinanderfallen:

> „Verzichtet man […] auf die Etablierung eines Idealtyps zugunsten einer offeneren, phänomenologisch orientierten Heuristik, stellt man rasch fest, dass Europa keineswegs nur aus monarchisch verfassten Staaten bestand, wie es dem 19. Jahrhundert noch erschienen war. Vielmehr ergibt sich plötz-

> lich das differenzierte Bild einer *Landschaft unterschiedlich verfasster Gemeinwesen*, zu denen neben den west- und nordeuropäischen Monarchien (wie England, Frankreich, Spanien und Dänemark) auch Republiken wie die Niederlande und die Schweiz, Städte- (Venedig und Genua) und Adelsherrschaften (Polen) sowie schließlich das Alte Reich gehörten. Dasselbe Problem einer nachgerade zwangsläufigen dualistischen Betrachtungsweise wird im übrigen natürlich ebenso wirksam, wenn es um begriffliche Einordnung abweichender Befunde zur Herrschaftsausübung nach ‚innen' geht, also um die Mitregierung oder doch Mitwirkung von Ständen, die Gebundenheit des Herrschers an das natürliche Recht, das Nichtankommen von Regelungen ‚vor Ort', lokale Widerstände usw. Dazu fällt einer dem Paradigma des ‚Absolutismus' verhafteten Forschung bis heute vielfach nichts Besseres ein, als diese Phänomene allesamt unter dem Begriff des Nichtabsolutistischen im Absolutismus zu rubrizieren – eine Formulierung, die als schon damals reichlich hilflose Reaktion auf die Ergebnisse der Ständeforschung in den 1960er Jahren von Gerhard Oestreich geprägt wurde." (Meumann und Pröve 2004, S. 29)

Was wir mit diesem Beispiel sagen wollen, ist, dass das Denken in Abstufungen und Übergängen nicht erst dann einsetzten sollte, wenn die kategoriale Schwarz-Weiß-Malerei nicht funktioniert, sondern dass diese Herangehensweise bei einer realitätsnahen Analyse der Staats- und Rechtswirklichkeit *von vornherein* die angewandte Methode sein sollte, sei es um verschiede Grade von „étatisation" (Chevallier 1999) oder um Regeln von „graduell abgestufter Unverbindlichkeit bei faktischer Bindungswirkung" (so Röhl 2007 in Bezug auf internationale Standardsetzung) näher in Augenschein zu nehmen.

2. Von der Binary Logic zu Cosmopolitan Logics?

H. Patrick Glenn, der, genau wie wir dies tun, ein Denken in Abstufungen und Übergängen propagiert, hat in einem Kapitel seines Buches *The Cosmopolitan State* unter der Überschrift „Cosmopolitan Thought" eine Ablösung der klassischen binären Logik durch „cosmopolitan logics" gefordert (2013, S. 295 ff.). Obwohl wir die Auseinandersetzung über die richtige methodische Herangehensweise nicht für ein Problem des Kampfes verschiedenen Logiken halten, sind wir doch seinem Grundanliegen so sehr gewogen, dass wir seiner Argumentation in stark eingedampfter Form kurz vorstellen wollen.
Was zunächst die *binary logic* angeht, so charakterisiert er sie wie folgt:

> „From the law of identity are logically drawn the two further ‚laws of thought': the *law of non-contradiction* and the *law of the excluded middle*. Given A, which is radically distinct from not-A, the two cannot be affirmed at the same time, or overlap, so we cannot have A and not-A: Not [A and not-A], since this would be contradictory, affirming at the same time a proposition and its negation. Given the law of identity and the law of non-contradiction, what we therefore must have, and which is where many current legal problems arise, is A or not-A, which is the law of the excluded middle. There is no middle ground between contradictory positions. Why must we have a logical rule for A and not-A? It flows from the principal of radical separation or identity. Since A exists, independently of that which is not-A, the boundary of not-A begins precisely where the boundary of A ends and there can be no middle ground between them. Not-A is galactic in character and devours any possible middle ground. As recently put, you either have $3.75 to buy a latte or you do not." (Glenn 2013, S. 262)

Diese binäre Logik hat auch ihre Helden, die Glenn als „notorious dichotimizers" bezeichnet; zu ihnen rechnet er Jean Bodin mit seiner Souveränitätslehre, Thomas Hobbes mit seiner Entgegensetzung von „amoral anarchy or Leviathan" und – aus dem Bereich des Rechts – Hans Kelsen mit seiner rechtsphilosophischen Grundnormtheorie.

Diese klassische binäre Logik, so Glenn weiter, werde den heutigen Realitäten nicht mehr gerecht:

> „There has recently been a ‚many valued turn' in logic, accompanied by development of ‚new' logics. It is a turn away from classical or binary logic and towards recognition that the world is a more complex place than that contemplated by Plato's methodology of *divisio*. It has come about because classical logic was inherently vulnerable as a general intellectual instrument. It inevitably came to be challenged, ontologically, logically, and legally." (Glenn 2013, S. 265)

Einer „multi-valued world" müsse eine „multivalent logic" entsprechen. Der von Glenn angesprochene „turn" hin zu vielwertigen Logiken ist tatsächlich gar nicht so neu. Der polnische Philosoph und Logiker Jan Łukasiewicz formalisierte schon 1920 einen ersten mehrwertigen logischen Kalkül und die Erkenntnisse auf diesem Gebiet sind seitdem weiter fortgeschritten (Gottwald 2015). Dass in den Sozialwissenschaften diese Einsichten jedoch noch nicht überall angekommen sind, scheint offensichtlich. Umso informativer und anschlussfähiger sind die folgenden Formulierungen Glenns für uns:

> „The essential characteristic of multivalent logic is that it is *‚degree-theoretic'* in replacing a binary option with one that tolerates degrees, usually expressed as degrees of truth (as in the statement ‚there is some truth in that'). Where different and contradictory laws are seen in conflict under classical logic, a multivalent logic would admit assessment of relative *degrees of applicability* and more nuanced means of choice […]." (Glenn 2013, S. 267)

Dann zitiert er eine Reihe von Autoren, die seiner Meinung nach auf dem richtigen Wege sind:

> „Michael Taggart has decided that contemporary administrative law in New Zealand is no longer well served by dichotomies that have prevailed in the past – appeal/review, merits/legality, process/substance, discretion/law, law/policy, fact/law – and that they should be replaced with a *‚sliding scale or rainbow' of possibilities of review*, from correctness review at one end of the rainbow to non-justiciability at the other. Moreover, as in a rainbow, colors or internal categories ‚imperceptibly blur or merge into one another'; there are no ‚jolts'. Joseph Singer has written of the need to create ‚a middle path' based on reviving the notion of ‚practical reason', and in a construction of a law of peace or lex pacificatoria Christine Bell has written of the need to straddle binary distinctions and to develop *‚constructive ambiguity'*. Binary distinction in the law of citizenship have been particularly criticized and Neil Walker has expressed dissatisfaction with the ‚dichotomizing language of membership', arguing for denizenship as an ‚in-between concept, one that challenges the series of binary oppositions … that reflect the political imaginary of the Westphalian system of states'. Linda Bosniak deliberately uses a notion of ‚alien citizenship' to accommodate an ‚ascending scale' of the rights of aliens who gradually augment their identification with a local society. Nick Barber writes of the dichotomy of citizen or subject but prefers to think of *them ‚as poles on a spectrum rather than as hermetically sealed categories'*." (Glenn 2013, S. 270 f.)

Diese Kostproben des Glenn'schen Denkens dürften ausreichen, um die Intention zu begreifen. Wollen wir den Realitäten der sich transnationalisierenden Welt gerecht werden, bedarf es eines *sliding scale approach*. Diesem Ergebnis stimmen wir vorbehaltlos zu; ob es dafür der Ausrufung neuer Logiken bedarf, mag hier dahin gestellt bleiben.

3. Wenn man in Skalierungen denkt, bedarf es plausibler Abstufungskriterien

Das Paradebeispiel ist auch hier wieder der *Staat*: Eine kaum noch überschaubare Anzahl von Autoren hat sich mit der Frage beschäftigt, welche Attribute ein politisches Gemeinwesen aufweisen muss, um als Staat bezeichnet werden zu können. Ein hervorragender Überblick findet sich insoweit in dem Einleitungsbeitrag „Studying the State" von Walter Scheidel im *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean* (2013); darauf kann hier verwiesen werden. Stattdessen wollen wir uns an dieser Stelle noch einmal dem Historiker Christoph Lundgreen zuwenden, und zwar der Skizze seines Habilitationsprojekts „Staatlichkeit in der (früh-)griechischen Welt", die er uns freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat.

Im ersten Absatz dieser Projektskizze geht es um den Ausweg aus der „Staat oder Nicht-Staat"-Falle durch das Konzept von Staatlichkeit, das Historikern neue Perspektiven eröffnet:

> „Die Frage, was ein Staat ist, beschäftigt Historiker und Archäologen ebenso wie Politikwissenschaftler und Juristen. Letztere müssen sich dabei in jüngster Zeit sowohl mit Debatten um Rolle und Konzeption der EU als auch mit dem Phänomen von ‚failing' und ‚failed states' weltweit auseinandersetzten. Die dabei auftretenden Probleme einer Kategorisierung führen zu einer Neubewertung des Konzepts der Souveränität ebenso wie der seit Max Weber (und Georg Jellinek) klassischen Trias von Staatsvolk, Staatgebiet und Staatsgewalt. Hierin liegt, bei allen Schwierigkeiten der Konzeptualisierung, eine große Chance für die Beschäftigung mit der sog. Vormoderne. Tritt nämlich an die Stelle einer teleologischen (und meist positiv konnotierten) Entwicklungslinie aller politischen Einheiten hin zum Staat westlicher Prägung in der jüngeren Governanceforschung die Vorstellung vom ‚Staat als Prozess', und *wird die Dichotomie von ‚Staat oder Nicht-Staat' durch das Konzept von ‚Staatlichkeit' ersetzt*, bei der es (nur) um ein graduelles Durchsetzten von Schlüsselmonopolen geht, können Historiker alte Fragen ganz neu stellen. Konkret können die wirkmächtigen Vorstellungen vom ‚Staat als universal angenommener Organisationsstufe jeder menschlichen Gemeinschaft' (u. a. Eduard Meyer) wie vom ‚Staat als genuinem Produkt der Frühen Neuzeit' (u. a. Christian Meier, in der Folge von Carl Schmitt) beide überwunden bzw. neu hinterfragt werden." (Lundgreen, S. 1)

Konsequenterweise will sich Lundgreen dann den verschiedenen Dimensionen von Staatlichkeit zuwenden und schlägt in diesem Zusammenhang *neun Indikatoren* vor, die zur Bestimmung von Staatlichkeit herangezogen werden könnten; in seiner Projektgliederung sieht dies wie folgt aus:

> „III. Dimensionen von Staatlichkeit
>
> a) in der externen Perspektive (de facto Staatlichkeit/gemessen an: Entscheidungskompetenz, Organisationsmacht, Legitimationsfähigkeit)

b) in der internen Perspektive (Selbstsicht, symbolische Seite, ‚Identität')

1. Steuern/Abgaben/Zölle

2. Bürgerrecht

3. Militärdienst

4. Politische Institutionen/Gesetzgebung/Rechtsprechung

5. Münzprägung

6. Erziehungs-/Begräbnisvorschriften

7. Kolonisation

8. Monumentale Bauten und öffentlicher Raum

9. Kulturelle und religiöse Feste" (Lundgreen, S. 3)

Wir finden diesen Ansatz faszinierend; genauso hatten wir uns vorgestellt, für den Bereich „Recht oder Nicht-Recht" vorzugehen: Auf diese Weise durch die Parallelität des Lundgreen'schen Ansatzes gestärkt, wollen wir nun mehr versuchen, unsererseits Abgrenzungs- und Überganskriterien in der *World of Rules* zu entwickeln.

E. Zur Entwicklung von Abstufungs- und Übergangskriterien in der *World of Rules: „If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck."*[9]

Wenn wir im Folgenden darüber nachdenken, beim Vorliegen welcher Indikatoren es naheliegen würde, Regelsysteme als Recht zu behandeln, so soll uns dies in der *World of Rules* die Orientierung erleichtern. Im Fokus stehen also nicht um die in der Rechtsquellenlehre anerkannten klaren Fälle wie das staatliche Recht, das Gewohnheitsrecht und das *Ius divinum*, sondern um Regeln, deren normativer Status uneindeutig ist: Sollen sie als Recht gelten und, falls ja, als was für ein Recht? Auch diese zweite Frage wird zu beantworten sein, da es nicht einfach darum gehen kann, den Bereich des staatlichen Rechts um einige auszuwählende Fälle arrondierend zu erweitern, um den Rest in der geräumigen Schublade „Recht im soziologischen Sinne" unterzubringen, sondern darum, innerhalb des rechtlichen Universums verschiedene Typen von Recht zu unterscheiden, die ein unterschiedliches Näheverhältnis zum staatlichen Recht aufweisen. Um dieses *Nähverhältnis* genauer bestimmen zu können, bedarf es der *Entwicklung aussagekräftiger Indikatoren*, eine

---

[9] Dieser schöne Spruch bildet den Einleitungssatz des Beitrages von Andreas Engert über „Private Normsetzungsmacht" (2014, S. 301)

Aufgabe, die uns aus der Beschäftigung mit den Fragen „Was ist Good Governance?“ oder „Was sind Failing States?“ wohl vertraut ist (näher dazu Schuppert 2010).

Beim Nachdenken darüber, wie wir diese Aufgabe der Indikatorenentwicklung angehen sollten, sind wir zu dem Schluss gekommen, dass es wenig Sinn ergibt, solche Indikatoren einfach zusammenzutragen, dann aufzulisten und sie mit Ordnungsnummern zu versehen; viel mehr wollen wir versuchen, von vornherein etwas systematischer vorzugehen. Deshalb schlagen wir vor, das Problem „what should count as law“ aus drei verschiedenen Perspektiven zu betrachten, nämlich einmal aus der *Perspektive der Regelungsadressaten*, zweitens aus der Perspektive der *regelsetzenden Instanzen* und drittens aus einer Perspektive, die wir die *funktionale Perspektive* nennen wollen, da sie nach Funktionsähnlichkeiten verschiedener Regelungstypen fragt; beginnen wollen wir in Anlehnung an Paul Schiff Bermans Vorschlag, „to treat as law that which people view as law“, mit der Perspektive der Regelungsadressaten.

I. Zur Perspektive der Regelungsadressaten

1. Warum nicht-staatliches Recht befolgt wird

Staatliches Recht ist rechtsverbindlich; es erhebt generell den Anspruch, von allen Angehörigen der Rechtsgemeinschaft befolgt zu werden. Warum aber sollten Adressaten nicht-staatlicher Regelungen solche Regeln befolgen und sie ausweislich ihres tatsächlichen Verhaltens – hohe Befolgungsquote – wie Recht behandeln?

Bezogen auf den Regelungstyp der „Standards“ hat Oliver Lepsius (2007) drei solcher Befolgungsgründe ausgemacht, die wir – in ihrer Reihenfolge etwas verändert – kurz vorstellen wollen:

- Erstens kann – was wir als *faktischen Befolgungszwang* bezeichnen wollen – die Bindung an Standards das Ergebnis gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Vermachtungsprozesse sein:

  > „Man befolgt Normen, von denen man in der Sache nicht überzeugt ist, aus Gründen der *sozialen Konformität*: weil andere ihnen folgen, weil man im Geschäft bleiben will, weil man auf bestimmten Märkten präsent sein möchte, kurzum: weil sonst soziale oder wirtschaftliche Nachteile drohen. Auch diese Bindungsform darf klassisch genannt werden: Privatrechtliches Handeln wurde immer schon durch gesellschaftliche Machtverhältnisse geprägt, die zur *faktischen Fremdbindung* führen.“ (Lepsius 2007, S. 366)

- Zweitens können – was wir *vermeidungsstrategisches Verhalten* nennen wollen – nicht-staatliche Regeln befolgt werden, weil für den Fall, dass die von ihnen erhoffte Ordnungs- und Steuerleistungen nicht eintritt, eine hoheitlich-staatliche Rechtsdurchsetzung droht; zu diesem Motiv heißt es bei Lepsius wie folgt:

> „Dies setzt freilich voraus, dass Standards durch einen förmlichen Transformationsakt zum Teil der Rechtsordnung werden können. […] Die rechtlich erzwingbare Bindung an Standards muss daher nicht das Ergebnis ihrer abstrakt-generellen Geltung in einer Rechtsordnung sein, sondern kann ebenso gut die Folge ihrer fallweisen Rezeption im Rahmen eines institutionell und kompetentiell ausdifferenzierten Rechtskonkretisierungsprozesses sein" (Lepsius 2007, S. 365).

- Drittens schließlich kann als Grund für die Selbstbindung an Standards der Glaube an ihre Rationalität genannt werden:

> „Man beugt sich Standards, weil sie in einem neutralen, rationalen, expertengeleiteten und die diversen Interessen repräsentierenden Verfahren entwickelt wurden. Hier kommt es entscheidend auf die nähere Ausgestaltung der Institutionen an, welche die Standards entwickeln, sowie auf das Verfahren, das sie anwenden. Genügt das bei der Standardfindung angewendete Verfahren den Anforderungen an Neutralität, Interessenpluralität und Repräsentativität? Beruht die Standardfindung auf der Partizipation der Betroffenen oder auf der Expertise der Sachverständigen?
>
> Die Literatur zur Standardsetzung stellt zu Recht immer wieder auf solche Aspekte ab, die sich freilich nur schwer verallgemeinern lassen. Nicht selten orientieren sich Standardisierungsorganisationen an *Grundsätzen aus dem Verwaltungsverfahrensrecht*, etwa dem US-amerikanischen Administrative Procedure Act (APA), um den Glauben an eine Verfahrensneutralität als Voraussetzung für die Verbindlichkeit von Standards zu erzeugen. […] Auch Röhl hebt hervor, dass die Strukturanforderungen an die internationale Standardsetzung Konsequenzen des Demokratieprinzips seien, weswegen ein dem nationalen Recht vergleichbares transparentes Normsetzungsverfahren mit gleichmäßiger Interessenberücksichtigung und tatsächlichem Sachverstand gefordert werde. *Standardisierungsorganisationen leihen sich Instrumente und Vorgaben aus der hoheitlichen Rechtsetzung*, um einen Glauben an die Legitimität der produzierten Ergebnisse zu erzeugen, der wiederrum zur Selbstbindung führt" (Lepsius 2007, S. 365 f.).

Besonders interessant ist natürlich der dritte Punkt: Das von uns beobachtete Federvieh der Standards versucht offenbar gezielt seine Zugehörigkeit zur Welt der *ducks* dadurch zu reklamieren, dass die Standardsetzer sich *Instrumente und Vorgaben aus der hoheitlichen Rechtsetzung leihen*; Harm Schepel (2005) bezeichnet diese den Legitimitätsanspruch von Standards befördernde Strategie als *„normative borrowing between the public and private spheres"* (Schepel 2005, S. 6); und in der Tat – dies haben wir im dritten Kapitel näher ausgeführt – ähneln die Produktionsprozesse von Standards in vielen Punkten dem Produktionsprozess von staatlichem Recht.

2. Heteronomie als Verwandtschaftsausweis

In seinem grundlegenden und uns in der Stoßrichtung überzeugenden Beitrag über „Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung" hat Andreas Engert (2014) die aus der Perspektive der Regelungsadressaten bestehende Fremdbestimmtheit auch nicht-staatlicher Regeln als *verwandtschaftsbegründendes Kriterium* ausgemacht und dazu Folgendes ausgeführt:

> „Die folgende Untersuchung verfolgt zunächst ein theoretisch-konzeptionelles Erkenntnisinteresse. Es soll gezeigt werden, weshalb von Privaten getroffene Regelungen unter Umständen als ‚Normen' zu

> bezeichnen sind, selbst wenn sie keine Rechtsnormen im Sinne der Rechtsquellenlehre sind […]. Als entscheidendes Merkmal einer Norm wird dabei die Heteronomie angesehen, also eine Bindungswirkung für Außenstehende, die den Inhalt der Regelung nicht beeinflussen konnten. Heteronomie kann sich aus einer Anordnung des staatlichen Rechts ergeben. Sie kann aber – so die zentrale These – ebenso aus einem Bedürfnis nach Standardisierung von Regelungen hervorgehen. Mit Hilfe der ökonomischen Theorie der Netzeffekte lässt sich erklären, dass die schlichte Verbreitung einer Regelung einen gewissen Zwang auslösen kann, in privatautonom gestalteten Transaktionen dieselbe Regelung zu verwenden. Die *Fremdbestimmung kann also von einer überindividuellen Marktpraxis ausgehen*. Daneben können private Institutionen die Normbildung beeinflussen und so private Normsetzungsmacht ausüben. Die heteronome Wirkung privater Normen bedingt ein gemeinsames Interesse der Verkehrskreise an ihnen. *Private Normen ähneln insoweit staatlichem Recht*, etwa dem dispositiven Gesetzesrecht.“ (Engert 2014, S. 303)

Damit dies nicht so abstrakt bleibt, präsentiert Engert drei Beispiele, von denen uns das nachstehende – die anderen beiden sind die Regeln des Deutschen Corporate Governance Kodex und die Internationalen Rechnungslegungsstandards – besonders einschlägig zu sein scheint:

> „Ein bekanntes Beispiel für ein transnationales Regelwerk bilden die Musterregeln der Internationalen Swaps and Derivatives Association (ISDA), einer weltweiten Vereinigung der Banken, Dienstleister und Nachfrager für außerbörslich (over the counter, OTC) gehandelte Derivate. Ungeachtet der Finanzkrise werden auf diesen Märkten weiterhin Risiken in außerordentlich großen Volumina gehandelt. Bei den ISDA-Musterregeln handelt es sich *um vorformulierte Bestimmungen für Derivateverträge*. Ihren Kern bildet ein Rahmenvertrag (master agreement) über einheitliche schuldrechtliche Regelungen für alle zwischen den Vertragsparteien getätigte Derivategeschäfte. Er enthält Bestimmungen unter anderem über Leistungsmodalitäten, die Folgen von Leistungsstörungen und die Ver- und Aufrechnung. Neben dem Rahmenvertrag umfassen die ISDA-Musterregeln Vertragsdokumente zu Kreditsicherheiten sowie Begriffsbestimmungen zu einzelnen Derivaten, mit denen die gehandelten Risiken beschrieben werden. Nach Schätzungen der ISDA *werden weltweit 90% aller OTC-Derivateverträge auf Grundlage ihrer Musterregeln abgeschlossen*.“ (Engert 2014, S. 304 f.)

Dass solche Regelwerke von den Regelungsadressaten als heteronome Rechtsetzung empfunden werden, liegt – wie Engert uns erklärt – an der Wirkung sogenannter Netzeffekte:

> „Als ‚Netzeffekt‘ (network effect) bezeichnet man es, wenn der Nutzen eines Gutes nicht nur von dessen Eigenschaften abhängt, sondern auch davon, *wie viele andere Nachfrager* sich für dasselbe oder ein kompatibles Gut entscheiden. Ein unmittelbar einleuchtendes Beispiel für Netzeffekte bietet das Telefon: Ein isolierter Telefonapparat ist wertlos; sein Nutzen entsteht erst und wächst mit dem Anschluss weiter Personen an dasselbe Telefonnetz“ (Engert 2014, S. 310).

Innerhalb dieser Netzeffekte lassen sich direkte und indirekte unterschieden:

> „Direkte Netzeffekte entstehen erst, wenn die Entscheidung für eine Regelung den jeweiligen Marktteilnehmer auch für zukünftige Transaktionen im Verhältnis zu unterschiedlichen Marktteilnehmern festlegt – zumindest in dem Sinne, dass die Verwendung einer anderen Regelung nun höhere Kosten verursachen würde“ (Engert 2014, S. 311).

Interessanter noch sind die *indirekten Netzeffekte*, die eintreten, wenn Marktteilnehmer deshalb von bestimmten Regeln Gebrauch machen, weil sie auf diese Weise an einem *bewährten kollektiven Regelungswissen partizipieren*:

> „Eine über lange Zeit am Markt verfeinerte und bewährte Regelung bietet zudem eine hohe Richtigkeitsgewähr. Sie vermag rechtspraktische Erfahrung noch zu speichern, wenn die auslösenden Vorkommnisse bereits in Vergessenheit geraten sind. Für den Einzelnen kann es deshalb klüger sein, sich einem über Jahrzehnte aufgebauten kollektiven Regelungswissen unbesehen anzuvertrauen, als es selbst noch überprüfen zu wollen. Darin liegt eine *Parallele zu staatlichen Gesetzen*, auf deren Angemessenheit sich die Parteien häufig ebenfalls blind verlassen. Marktteilnehmer werden sich deshalb nur schwer von einer durch vielfachen Gebrauch ausdifferenzierten und bewährten Regelung abbringen lassen." (Engert 2014, S. 316)

„Standards seem indeed"– so können wir resümieren – „to belong to the family of ducks".

II. Zur Perspektive der regelsetzenden Instanzen

Auch aus diesem Bereich haben wir zwei Beispiele ausgewählt; wir wollen einen Blick auf zwei regelsetzende Instanzen werfen, die einen ausgeprägten Willen aufweisen, für ihren Bereich „Recht" zu setzen, dass für all ihre Mitglieder verbindlich ist.

1. Sportverbände als Regelsetzer

Die Frage, ob Regeln des Wettkampfsports Rechtsqualität zukommt, ist nicht ganz einfach zu beantworten, aber es gibt sehr gute Gründe, sie zu bejahen.

Was die deutsche Rechtslage angeht, so kann dem Verbandsrecht im Bereich des Sports die Rechtsqualität kaum abgesprochen werden, da sowohl die Brücke des Vertrags- wie die des Vereinsrechts zu demselben Ergebnis führen: Klaus Vieweg hat diesen Sachverhalt zutreffend dargestellt, wobei wir ihm schon im dritten Kapitel über die Schulter geschaut haben.

Da Klaus Vieweg seine Arbeit als eine rechtstatsächliche Untersuchung versteht, misst er der Interessenlage der Verbände und ihrem Selbstverständnis zu Recht eine erhebliche Bedeutung zu; dass insbesondere die internationalen Sportverbände sich als autonome Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsinstanzen verstehen, betont er immer wieder und formuliert diesen Befund in aller gebotenen Deutlichkeit:

> „Die internationalen Sportverbände regeln selbstverständlich nicht, welche staatlich rechtliche Qualität und Wirkung ihre Normen, Strafen und sonstigen Entscheidungen haben sollen. Das kann nicht verwundern, *schotten sich doch die meisten internationalen Sportverbände gerade gegenüber dem staatlichen Recht ab* und ignorieren weitgehend dessen Existenz. *Für sie genügt die faktische autonome Normsetzungs- und -anwendungsmacht*, die sich nicht nur gegenüber ihren nationalen Mitgliedsverbänden, sondern auch gegenüber Vereinen, Sportlern und Funktionsträgern sowie Externen durchzusetzen vermag. Normsetzung und -anwendung sind aus ihrer Sicht Rechtsetzung und Rechtsanwendung." (Vieweg 1990, S. 122)

Bei den Sportverbänden – so können wir zusammenfassen – handelt es sich um regelsetzende Instanzen mit einem dezidierten Rechtsetzungswillen, was unter anderem dadurch

zum Ausdruck kommt, dass sie sich der Sprache und Begrifflichkeit staatlicher Rechtssetzung bedienen und zu dem eine eigene Sportgerichtsbarkeit aufgebaut haben.

2. Die Katholische Kirche als Rechtskirche

Bei der Durchsicht derjenigen Literatur, die sich mit dem Selbstverständnis der katholischen Kirche beschäftigt, ist uns wiederholt aufgefallen, das drei Dinge immer wieder wie ein untrennbarer Gleichklang zusammen aufgerufen werden: die *göttliche Gründung*, die Kirche als *eigengeartete Institution* und ihre *rechtliche Verfasstheit*. Es ist – wie wir finden – reizvoll, die Formulierung dieses Befundes zunächst einem nicht-katholischen Beobachter zu überlassen, weshalb wir den evangelischen Theologen Friedrich Wilhelm Graf auserkoren haben, der in einer Passage aufgelistet hat, was für ihn besonders katholisch ist; auszugsweise heißt es dort wie folgt:

> „Im römischen Katholizismus wird über die Kirche ganz anders gedacht als in den diversen Protestantismen. Die römische Kirche ist eine *Rechtsinstitution*, die sich als unmittelbar in göttlichem Recht (lex divina) gründend sieht und bis in die unmittelbare Gegenwart hinein eine *normative ethische Weisungskompetenz* gegenüber Staat und Gesellschaft beansprucht […].“ (Graf 2008, S. 137)

Aber nicht nur das. Die katholische Kirche verfügt in der Gestalt des „Codex Iuris Canonici“ (CIC) auch über eine eigene Rechtsordnung, die als notwendiger Bestandteil der Identität der Institution „Kirche“ verstanden wird; bei dem katholischen Autor Joseph Listl – und dies mag hier als Beleg und Kostprobe genügen – heißt es dazu wie folgt:

> „Die Kirche ist […] nicht im Sinne einer lediglich äußerlichen und gewissermaßen rein additiven Zusammenfügung zweier an sich heterogener Elemente, sondern im Sinne einer wesensmäßigen und daher notwendigen Identität *gleichermaßen Heilgemeinschaft und rechtlich verfasste Gesellschaft*. […]
>
> Obwohl das Kirchenrecht seinem Wesen nach geistliches Recht im Dienst der Kirche und ihres Verkündigungsauftrags ist, folgt aus der Tatsache, daß die Kirche auch ein hierarchisch verfaßter gesellschaftlicher Verband ist, daß das Kirchenrecht phänomenologisch weithin eine *ähnliche rechtliche Struktur aufweist wie das staatliche Recht*. Die Kanones des Codex Iuris Canonici haben daher für den Katholiken, wie […] Hans Barion zutreffend ausführt ‚genau die gleiche, nicht vereinsmäßige, sondern hoheitliche, nicht anerkennungsbedürftige, sondern vorgegebene Autorität wie die Sätze des staatlichen Rechts für den Staatsbürger‘“. (Listl 1991, S. 459 f.)

Zusammenfassend können wir festhalten, dass wir es sowohl bei den Sportsverbänden wie bei der katholischen Kirche mit zwei Governance-Kollektiven zu tun haben, die erstens durch einen ausgesprochenen Selbstregelungswillen gekennzeichnet sind und die zweitens die in ihrem Bereich autonom oder semi-autonom erlassenen Regeln als für ihre Mitglieder verbindliches Recht betrachten.

III. Die funktionenorientierte Perspektive

1. Funktionale Äquivalenz

Von funktionaler Äquivalenz kann dann gesprochen werden, wenn *nicht-staatliche Regelungen staatliches Recht substituieren*, weil der Staat den in Rede stehenden Problembereich nicht selbst regeln kann oder will, er als rechtsetzende Instanz also ausfällt: Dies kann entweder darauf beruhen, dass es ihm – wie im Bereich transnationaler Regelsetzung – schlicht an einer entsprechenden Regelungskompetenz fehlt oder dass er es den Kräften des privater Organisationen und/oder der sonstigen sogenannten Zivilgesellschaft überlässt, bestimmte Sachverhalte, die eine spezifische Expertise und epistemische Autorität erfordern, selbst zu regulieren; drei von uns ausgewählte Beispiele mögen dies veranschaulichen.

a) Filling the Regulatory Gap I: Private Normenordnungen als Platzhalter für staatliches Recht

Diese Formulierung „Private Normenordnungen als Platzhalter für staatliches Recht" haben wir in der Arbeit von Nils Ipsen über *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* entnommen, in der dazu Folgendes ausgeführt wird:

> „Die Gesellschaft entwickelt sich ständig weiter. Der Staat kann dieser Entwicklung mit seiner Rechtsetzung nicht mit gleicher Geschwindigkeit folgen. […] Es ist deswegen nur natürlich, dass neue gesellschaftliche oder technische Entwicklungen nicht sofort vom Staat geregelt werden, sondern zunächst ein *legal lag* entsteht. Diese Lücke können private Normenordnungen schließen; allerdings in manchen Fällen nur vorübergehend." (Ipsen 2009, S. 211)

Ein schönes Beispiel für eine solche Statthalterfunktion privater Normenordnungen scheint uns der sogenannte *Übernahmekodex* zu sein, ein von der Börsensachverständigenkommission erarbeitetes Regelwerk, das inhaltlich in weiten Teilen durch das Wertepapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom 1. Januar 2002 übernommen worden ist.

Interessant ist nun, was Steffen Augsberg zur Qualifikation des dabei tätig gewordenen Normensetzungsgremiums ausführt. Er referiert einerseits, dass die herrschende Meinung die Börsensachverständigenkommission als eine rein private Organisation ansieht, stellt aber andererseits diese schlankweg erfolgende Zuweisung zum privat-informalen Sektor in Frage, da dieser Kommission doch etwas – wie wir es formulieren würden – *„zwitterhaftes"* zu eigen sei; es heißt dazu bei ihm wie folgt:

> „Erstellt wurde der Kodex von der Börsensachverständigenkommission, einer beim Bundesfinanzministerium angesiedelten, diesem jedoch organisatorisch nicht eingegliederten Institution mit der Aufgabe der Beratung der Bundesregierung in Fragen des Kapitalmarkt- und Börsenrechts. Einer denkbaren Qualifizierung als dem informellen Verwaltungshandeln zuzuordnende Empfehlungen des Bundesfinanzministeriums oder der Bundesregierung steht entgegen, dass jede Bezugnahme auf die Bundesregierung oder das Bundesfinanzministerium fehlt und in jeder Verlautbarung zum Übernahmekodex allein die Börsensachverständigenkommission als Urheber genannt wird. Es entspricht daher

> allgemeiner, offenbar unbestrittener Ansicht, dass der Übernahmekodex ‚ausschließlich eine privatrechtliche Grundlage' hat. Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedschaft in der Kommission auf der Berufung durch das Bundesfinanzministerium beruht. Ihrer Funktion nach ähnelt die Börsensachverständigenkommission den Sachverständigengremien der Kollegialverwaltung. Sie agiert nicht aus eigener Initiative heraus, sondern wird ‚auf Anfrage' der Bundesregierung hin tätig. Ihr kommen zwar in Ermangelung einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage *keine hoheitlichen Befugnisse* zu. Aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung ist dennoch zu fordern, die Einrichtung von der Ebene des Informalen *auf eine höhere Legitimationsstufe* zu erheben und dabei auch Vorgaben zu Organisation (insbesondere Besetzung) und Verfahren festzulegen." (Augsberg 2003, S. 280)

Wie dem auch sei – jedenfalls erließ diese *hybride Normierungsinstanz* den Übernahmekodex, der allerdings – wie schon erwähnt – durch das Wertepapiererwerbs- und Übernahmegesetz gewissermaßen überholt wurde, da die Bundesregierung es als angemessen und richtig ansah, den ins Haus stehenden EU-Richtlinienvorschlag nicht durch einen informellen Kodex, sondern durch ein förmliches Gesetz umzusetzen, das allerdings die Regelungen des Kodex weitgehend übernahm. Der Erlass des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz illustriert so *„eine normative Regelungstechnik, bei der bisherige selbstregulative Mechanismen staatlich okkupiert und in Gesetzesform überführt werden"* (Augsberg 2003, S. 289).

b) Filling the Regulatory Gap II: Standardisierte Vertragsbedingungen

Da von diesem Beispiel schon im Eingangskapitel unter dem Stichwort „zur graduellen Entkoppelung von Staat und Recht" die Rede war, seien hier nur einige Stichworte noch einmal aufgerufen. Solche standardisierten Vertragsbedingungen, die vor allem in der Versicherungs- und Transportwirtschaft Verwendung fanden, verdanken nach Tilmann Röder (2006) ihre rasche Ausbreitung vor allem drei Umständen: Erstens dem Bedürfnis nach Standardisierung in Branchen mit hoher weltwirtschaftlicher Einbindung, zum anderen einer Regelungszurückhaltung des Gesetzgebers, die eine von den ökonomischen Akteuren zu füllende *regulatory gap* zur Folge hatte. Standardisierte Vertragselemente erfüllen also – so Röder – „wesentlich andere Funktionen als die individuellen Vereinbarungen zwischen zwei Vertragsparteien. *Sie dienten der innerbetrieblichen Rationalisierung, der wirtschaftlichen Machtausübung, der systematischen Verdrängung staatlicher Regelungen und sie boten Raum für eine permanente Aktualisierung des Rechts*. Nur auf der Grundlage von Formularverträgen konnten die immer komplexeren Kooperations-, Investitions- und Austauschbeziehungen bewältigt werden, die in der Wirtschaftspraxis entstanden" (Röder 2006, S. 320).

Hält man sich dies vor Augen, so kann nicht zweifelhaft sein, dass wir es bei dieser Standardisierungspraxis mit einem *Prozess der Normbildung* zu tun haben. Die Standardverträge steuern das Verhalten des Marktakteure, die sich an ihnen orientieren und such auf sie verlassen; das in ihnen vereinbarte gilt als das für sie *maßgebliche Regelwerk*, das bestehendes Gesetzesrecht substituiert, fortentwickelt oder gar umgeht. Es handelte und handelt sich

also um eine Art der Regelsetzung, die in ihrer Entstehung „eher an Gesetzgebungsprozesse als an die Vertragspraxis der Wirtschaft“ erinnert (Röder 2006, S. 319).

2. Art und Intensität des regulatorischen Zugriffs

a) Art des Regelungskollektivs

Es liegt auf der Hand, dass die Intensität des regulatorischen Zugriffs sehr stark davon abhängt, um welche Art von Regelungskollektiv es sich handelt, das diesen Zugriff unternimmt: Es ist ganz offenbar eine himmelweiter Unterschied, ob es sich lediglich um einen Verein handelt, dem man freiwillig beitritt, um ein bestimmtes Hobby besser oder geselliger ausüben zu können – Angelverein, Alpenverein oder ähnliches – oder um eine im soziologischen Sinne „totale Institution“ wie das Gefängnis, ein Kloster oder auch ein Internat (Goffman 1961, S. 1 ff.).

Besonders interessant finden wir aber in diesem Zusammenhang solche Kollektive, die auf ein *hohes Maß der Identifikation* der Mitglieder „ihrer“ Institution oder Gemeinschaft *angewiesen sind und dieses auch einfordern*; wir hatten davon im zweiten Kapitel schon gesprochen und zwar unter der Überschrift „Gemeinschaftsstiftenden Normenordnungen“. Ein aktuelles Beispiel sei an dieser Stelle nachtragen, dass den *Zusammenhang von Gemeinschaftscharakter und Regelungsintensität* schlaglichtartig beleuchtet:

Wir beziehen uns insoweit auf einen Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 27./28. Dezember 2014 mit dem Titel „Im Reich der Gleichen“ (Ulrich 2014), in dem über eine urchristliche Gemeinschaft in der Toskana berichtet wird, die als Gegenentwurf zur kapitalistischen Leistungsgesellschaft konzipiert ist und nach dem Zweiten Weltkrieg von Don Zeno, einem katholischen Priester, gegründet wurde; die dieses Gemeinschaftskonzept leitenden Ideen beschreibt Ulrich in dem genannten Artikel wie folgt:

> „Willkommen in Nomadelfia, einer Gemeinschaft ohne Zaun und Mauern, die weder weltfremd noch ganz von dieser Welt sein will. Einem Zwergstaat, dessen Grundgesetz das Evangelium und dessen Antrieb nicht Konkurrenz und Konsum, sondern Brüderlichkeit sein soll. Ein Gegenentwurf zum globalen Kapitalismus, ein Mikrokosmos, in dem es keine Arbeitslosigkeit gibt, keine Pensionierung, keine Schulnoten, kein Durchfallen, keine Nachnamen, kein Geld, kein Privateigentum, keine Karrieren und keine Geschäfte gibt – aber auch kein Parfum, keine neuen Marken-Klamotten, keinen Urlaub in der Kleinfamilie, wenig Privatsphäre und kaum Raum für Individualität. Jeder muss nach seinen Fähigkeiten zum Gemeinschaftsleben beitragen, jeder soll nach seinen Bedürfnissen versorgt werden, von Kleinlastern, die durchs Dorf fahren und Zahnbürsten, Seife, Pasta, Milch, Brot, Wein und Olivenöl bringen, wobei 80 Prozent der Lebensmittel aus eigenem Anbau stammen. Keiner ist allein, niemand soll sich überflüssig fühlen. ‚Weder Diener noch Herr‘, lautet das Motto Nomadelfias, wo harte Arbeiten reihum erledigt werden und auch der Präsident den Stall ausmisten muss“ (Ulrich 2014, S. 11).

Aber ein solch enges Gemeinschaftsleben will – und dies ist der Punkt, auf den es uns ankommt – *organisiert und durchgeregelt* sein; was zunächst die Organisation angeht, so heißt es dazu in dem anschaulichen Bericht aus Nomadelfia wie folgt:

> „Wer den Präsidenten Nomadelfias fragt, wieso es sein Amt überhaupt gibt in dieser Gemeinschaft der Gleichen und wie sich der Gehorsam mit der Brüderlichkeit verträgt, bekommt zur Antwort: ‚Jedes Gemeinschaftsleben braucht eine minimale Organisation.' Deshalb wirke er als Regierungschef. Daher gebe es eine Art Finanzminister und Richter für Streitigkeiten. Sie alle würden von der Versammlung der Nomadelfen gewählt. Und dann hätten sie noch einen Priester, der auf das spirituelle Erbe Don Zenos achte und ein Vetorecht bei allen Entscheidungen habe. Zuletzt habe er sich gegen den Anbau einer giftigen afrikanischen Pflanze zur Biosprit-Gewinnung ausgesprochen. Das habe man halt akzeptieren müssen. Francesco, so heißt der Präsident, sitzt an einem Holzschreibtisch in einem kühlen, kahlen Büro mit Neonlicht. Von hier aus führt er, zusammen mit einem Vorstand, die kleine Gemeinschaft. Sie bestimmen, wer welche Arbeiten zu übernehmen hat, bei der Betreuung der Kleinen, in der Schule, der Landwirtschaft, den Werkstätten oder Büros" (Ulrich 2014, S. 12).

Vor allem aber Bedarf es *Regeln*, wie die im Mittelpunkt des Artikels stehende Kommunikationswissenschaftlerin Sefora Sbaraglea – sich an ihre Kindheit erinnernd – zu berichten weiß:

> „Die Erziehung in der Großgruppe habe viele Vorteile, sagt Sefora. Man fühle sich nie allein. Und ‚Mammoni', Muttersöhnchen, die an ihrer Mama klammern, gebe es in Nomadelfia nicht. Sie selbst sei später im Studium in Rom wesentlich besser mit der Fremde zurechtgekommen als ihre Kommilitonen aus klassischen Familien. Allerdings sei nicht alles rosig gewesen in ihrer Jugend. ‚Wir Kinder aus Nomadelfia fühlten uns anders als die anderen, und zwar nicht im positiven Sinne. Denn als Jugendlicher möchte man immer so sein wie die anderen auch.' Und dann waren *da die vielen Gebote und Verbote der Gemeinschaft*, angefangen beim Fernsehen. ‚Ich verstand oft nicht, warum ich etwas nicht durfte.' Pubertierende rebellieren in Nomadelfia genauso wie anderswo. ‚Vielleicht noch heftiger weil es *hier mehr Regeln gibt*.' (Ulrich 2014, S. 12).

Wir finden diesen kleinen Ausflug in die Toskana sehr lehrreich. Er lässt klar werden, dass das in einer solchen Sozialutopie gelebte Gemeinschaftsleben ein extrem *regelungsbedürftiges Leben* ist und dass dieses Regelungsregime den *ganzen Menschen* betrifft und nicht nur den einzelnen Menschen in einer bestimmten sozialen oder professionellen Rolle; damit sind wir schon beim nächsten Punkt angelangt.

b) Gegenstand des regulatorischen Zugriffs: Die soziale Rolle, der ganze Mensch, der seiner Würde beraubte Mensch

Da wir unter dieser Überschrift an vieles schon Behandelte anknüpfen können, genügen hier einige Stichworte. Wie im zweiten und vierten Kapitel ausführlich dargelegt worden ist, ergreifen vor allem *berufsrechtliche Regelungen* den Menschen nur oder vor allem in seiner *sozialen Rolle* als Angehörigen einer bestimmten Profession (zusammenfassend Mai 2008). Solches Berufsrecht firmierte früher unter dem Begriff „Standesrecht" und war zugleich eng mit dem *Ehrbegriff* konnotiert, während es heute mehr und mehr als *Instrument professioneller Qualitätssicherung* verstanden wird (vergleiche dazu Schuppert 2011e). Dem

gegenüber tendieren *religiöse Vergemeinschaftungen* dazu, die ihnen angehörenden Gläubigen nicht in einer bestimmten sozialen Rolle anzusprechen, sondern ihre *gesamte Lebensführung* zum Gegenstand ihrer Regelungen zu machen, einschließlich bestimmter Gebote und Verbote zur Kleidung und zulässiger Nahrung; all dies muss hier nicht näher ausgeführt werden.

Nachzutragen bleiben unter dem Gesichtspunkt der *Regelungsintensität* solche Regeln, die den Menschen ausschließlich als *ausbeutbare Arbeitskraft* in den Blick nehmen und ihn dabei mit unglaublicher Konsequenz und Härte seiner Würde berauben; ein immer wieder diskutiertes Beispiel – nämlich das der Sklaverei – mag hier zur Veranschaulichung genügen.

Dieses Beispiel ist uns von Sven Beckert in seinem faszinierenden Buch über die Baumwollindustrie als Paradefall eines sich globalisierenden Kapitalismus noch einmal ausdrücklich vor Augen geführt worden (Beckert 2014); unter der Überschrift „Privatisierte Gewalt und Sklavenhandel" schildert Beckert die Anfänge der industriellen Revolution wir folgt:

> „Diese drei Schritte – *imperiale Expansion, Enteignung, Sklaverei* – wurden zu Grundsteinen einer neuen Organisation wirtschaftlicher Abläufe. Dazu kam ein anderes Charakteristikum dieser neuen Welt: Europäische Staaten unterstützten Kaufleute und Siedler in ihrer Suche nach neuen Quellen des Reichtums, behaupteten aber ihre eigene Hoheitsgewalt über fremde Territorien und Menschen in weit entfernten Gebieten nur schwach. Stattdessen machten Kapitalbesitzer ihre Macht über Territorien und Menschen geltend, oftmals in Unternehmen organisiert, die mit königlichem Freibrief versehen waren (wie die British East India Company). Bewaffnete, freibeuterische Kaufleute symbolisierten diese neue Welt der europäischen Dominanz. Ihre Schiffe waren mit schwerem Geschütz beladen, und ihre bewaffneten Soldaten-Händler erbeuteten Land und Arbeiter und räumten Konkurrenten buchstäblich aus dem Weg. Wo immer möglich, rüsteten sie private Milizen aus, um Völker zu bekämpfen, die sie als Hindernis für die europäische Expansion ansahen, richteten Kanonen und Pistolen aus ihre Gegner und gingen, im wahrsten Sinne des Wortes, auf die Jagd nach Arbeitskräften. *Privatisierte Gewalt gehörte zu ihren Kernkompetenzen.* Nicht gesicherte Eigentumsrechte, sondern eine ungehinderte Welle der Enteignung von Land und Arbeitern charakterisierte diese Phase des Kapitalismus. Das Herzstück dieses neuen Systems war die Sklaverei." (Beckert 2014, S. 51)

Die Sklaverei also war als wirtschaftliches Rückgrat des baumwollproduzierenden Industriekapitalismus eine rechtlich anerkannte und ausgeformte Institution, die eine gewaltsame Überwachung und grenzenlose Ausbeutung zwangsweise rekrutierter Arbeitssklaven ermöglichte:

> „[…] die Sklaverei war für das neue Baumwollimperium ebenso unverzichtbar geworden wie geeignete klimatische Bedingungen und gute Böden. Die Sklaverei erlaubte Plantagenbesitzern, schnell auf steigende Preise und expandierende Märkte zu reagieren. Die Sklaverei ermöglichte nicht nur die kurzfristige Mobilisierung zusätzlicher Arbeiter, sondern ließ auch ein *Regime der gewaltsamen Überwachung und grenzenloser Ausbeutung zu*, um den Bedürfnissen einer Pflanze nachzukommen, die in der kalten Sprache der Ökonomen als ‚arbeitsintensiv' bezeichnet wurde. Bezeichnenderweise wurden noch immer viele der Sklaven, die diese Knochenarbeit verrichteten, im Tausch gegen Baumwollstoffe erworben, die durch die British East India Company oder die Compagnie des Indes aus verschiedenen Teilen Indiens nach Westafrika verschifft wurden." (Beckert 2014, S. 100)

c) Unterschiedlichkeit der Regelungsdichte

Das unterschiedliche Normenbestände eine unterschiedliche Regelungsdichte aufweisen, ist ein aus der nationalen Rechtsordnung durchaus vertrautes Phänomen. In der Verwaltungswissenschaft etwa ist es üblich, zwischen der mit klaren Wenn-dann-Sätzen operierenden konditionalen Programmierung und der lediglich mit Zielvorgabe arbeitenden finalen Programmierung zu unterscheiden (näher dazu Schuppert 2000); während Straf- und Steuergesetze möglichst eindeutig formulierte Tatbestände haben müssen, kommen etwa wirtschaftslenkende Gesetze in aller Regel ohne sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe kaum aus, da der Komplexität und Dynamik des Regelungsfeldes sonst nicht beizukommen wäre. Dies alles ist bekannt und muss hier nicht wiederholt werden. Wir haben deswegen in anderen Bereichen nach einem passenden Beispiel gesucht und sind dabei auf das – wie wir finden – äußerst lehrreiche Beispiel des islamischen Rechts gestoßen, ein Beispiel, das zugleich zum nächsten Gliederungspunkt – dem Sanktionssystem – überleitet:

„Das islamische Recht ist“ – so Mathias Rohe in seiner umfassenden Darstellung (Rohe 2009, S. 7) – „auch in seinem Kernbereich von sehr unterschiedlicher Regelungsdichte“. Ausführlich geregelt sind vor allem das Familien und Erbrecht, sowie religiöse Gebote und Verbote; deswegen sei auch hinsichtlich der Verwendung unseres „Rechtsbegriffs“ Vorsicht geboten:

> „Das weite Verständnis der Scharia umfasst die Gesamtheit aller religiösen und rechtlichen Normen, Mechanismen zur Normfindung und Interpretationsvorschriften des Islam, also etwa der Vorschrift über Gebete, Fasten, das Verbot bestimmter Speisen und Getränke wie Schweinefleisch und Alkoholisches und die Pilgerfahrt nach Mekka ebenso wie Vertrags-, Familien- und Erbrecht. Auch der korrespondierende Begriff der Regelung (ḥukm, pl. aḥkām) meint rechtliche Regelung und religiöse Verpflichtung gleichermaßen. In diesem Sinne wäre die Übersetzung von ‚Scharia‘ mit ‚islamisches Recht‘ stark verkürzt. Inhaltlich geradezu falsch wird sie, wenn hierbei ungeprüft der üblich gewordene Rechtsbegriff angelegt wird. Das ‚Recht‘ lebt maßgeblich von seiner weltlichen Befriedungsfunktion und greift hierfür nötigenfalls auch auf Mittel (staatlicher) Gewalt zurück. Charakteristisch ist also die im Diesseits erzwingbare Durchsetzung. Dies betrifft die Beziehung von Menschen und anderen Rechtssubjekten untereinander und deren Verhältnis zu den Trägern der Rechtsordnung, heute vor allem dem Staat und seinen Untergliederungen.
>
> Religiöse Vorschriften zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass ihre Achtung im Diesseits nicht rechtsförmig, sondern allenfalls *durch sozialen Druck erzwingbar ist* und ihre Missachtung ansonsten in aller Regel nur jenseitige Folgen hat. Dies ist nur dann anders, wenn auch religiöse Vorschriften aufgrund einer Entscheidung der jeweiligen Machthaber mit diesseitigen Sanktionen durchgesetzt werden. Der maßgebliche Unterschied liegt also nicht in dem Anspruch auf Verbindlichkeit – sowohl religiöse wie auch rechtliche Vorschriften verstehen sich als verbindlich –, sondern ist vor allem im *Sanktionssystem* zu suchen“ (Rohe 2009, S. 9).

Aber nicht nur diese unterschiedliche Regelungsdichte ist es, die die islamische Normordnung auszeichnet; sie ist auch durch ein beträchtliches Maß an Uneindeutigkeit geprägt, denn das islamische Recht erschließt sich „weniger über inhaltliche Einzelregelungen als über seine *Rechtsquellen-* und *Rechtsfindungslehre* (uṣūl al-fiqh).“ (Rohe 2009, S. 6) Eine klare Rechtsgewissheit gebe es daher häufig nicht:

> „Für das islamische Recht mag einem also noch mehr als für viele europäische Rechtsordnungen der Satz in den Sinn kommen, wonach man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand sei – ein muslimischer Jurist wird sich an diesem Satz ohnehin nicht stoßen. Die rechtsphilosophische Idee, es gebe nur eine einzig richtige Entscheidung, wird bei der Rechtsanwendung generell auch bei bestwilligem und höchst kompetentem Vorgehen der Realität nicht gerecht. Richterliche Erfahrung lehrt, dass es wegen mangelnder Erkenntnismöglichkeiten im Tatsachenbereich und wegen vorhandener Interpretationsspielräume bei vielen Normen eine gewisse Bandbreite ‚richtiger' im Sinne gut vertretbarer Entscheidungen gibt. Je geringer die Aufklärungsmöglichkeiten bei relevanten Tatsachen sind und *je unklarer die normative Lage ist, desto mehr vergrößert sich diese Bandbreite*." (Rohe 2009, S. 7)

Thomas Bauer (2011a; 2011b) hat für dieses Bandbreitenphänomen den schönen Begriff der *Ambiguitätstoleranz* geprägt, welche die islamische Normenwelt charakterisiere und ihr zum Vorteil gereiche: „*Meinungsverschiedenheiten* sind dem traditionellen islamischen Recht *systemimmanent*. Auch innerhalb der religiösen Normen geht man von Normenpluralität aus. Gerade diese Ambiguität des islamischen Rechts sorgt für *Flexibilität*. Die Pluralität der Normen erleichtert die Adaption des religiös begründeten Rechts an das sich wandelnde Alltagsleben." (Bauer 2011b, S. 175)
Nur gewissermaßen nachrichtlich benennen wir hier den für die Bestimmung des *„Härtegrades" einer Normenordnung* wichtigen Punkt der Existenz eines spezifischen Sanktionssystems. Da wir der Pluralität von Normendurchsetzungsregimen ein eigenes Kapitel gewidmet haben, kann auf dieses verwiesen werden.

F. Zwischenbilanz und Zusammenfassung

I. Zwischenbilanz: Die Indikatoren im Überblick

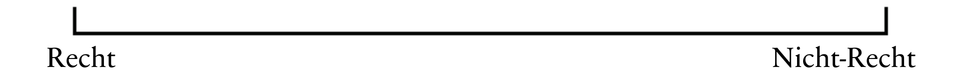
Wenn wir die bisher identifizierten Indikatoren noch einmal im Zusammenhang auflisten und wenn wir zweitens versuchen, das ihnen nach unserer subjektiven Einschätzung beizumessenden Gewicht durch die Vergabe von Punkten(● = geringes Gewicht; ●●●● = erhebliches Gewicht) zu markieren, so könnte sich daraus das folgende Gesamtbild ergeben:

Die Indikatoren im Überblick

Indikatoren	*Counts as LAW*
Perspektive der Adressaten	
– Ausmaß der Akzeptanz nicht-staatlicher Regelungen	●●
– Freiwilligkeit der Regelbefolgung	●●
– Wahrnehmung von Regeln als heteronome Rechtsetzung	●●●●

Indikatoren	*Counts as LAW*
Perspektive der Regelsetzer	
– Intensität des Rechtsetzungswillens	●●
– Reklamierte und von Dritten und nicht ernsthaft in Frage gestellte autonome oder semi-autonome Regelungsmacht	●●●●
– Selbsteinschätzung der eigenen Regelungssetzung als Rechtsetzung	●●
→ Anleihen bei Verfahren, Sprache und Begrifflichkeit staatlicher Rechtsetzung	
Funktionenorientierte Perspektive	
– Funktionale Äquivalenz: filling the regulatory gap	●●●●
→ Private Normenordnungen als Platzhalter für staatliches Recht; Standardisierte Vertragsbedingungen als Gesetzessubstitut; Transnationale Regelungsnetzwerke als Ersatz fehlender staatlicher Regelungskompetenz	
– Art und Intensität des regulatorischen Zugriffs	
→ Art des Regelungskollektives	●●●
→ Gegenstand des regulatorischen Zugriffs: die soziale Rolle, der ganze Mensch, der seiner Würde beraubte Mensch	●●●
→ Unterschiedlichkeit der Regelungsdichte	●●
– Existenz eines spezifischen Sanktionssystems	●●●

Diese tabellarische Übersicht ist kein Subsumtionsautomat, in den man oben einen bestimmten Normenbestand eingibt und unten die allein richtige Antwort herauskommt; sie dient vielmehr nur als erste Hilfestellung, um sich darüber klar zu werden, welche Kriterien für den Eintrag eines Normenbestandes in ein zu entwerfendes Kontinuum



herangezogen werden sollten: Die ergänzende Punkteverteilung ist nur ein Vorschlag von uns, wie eine Gewichtung der Indikatoren aussehen könnte.

Es bleibt nun jedem Leser überlassen, zu testen, ob mit dieser tabellarischen Übersicht etwas anzufangen ist; wir selbst haben sie an drei Beispielsfällen ausprobiert und waren mit

der Eindeutigkeit der Auskünfte mehr als zufrieden. Die drei Prüfungskandidaten waren die folgenden:

- *Am Markt praktizierte und durchweg befolgte Standards* wie die von Andreas Engert (2014) erwähnten Musterregeln der International Swaps and Derivate Associations (ISDA) sowie die Internationalen Rechnungslegungsstandards (und zwar unabhängig von ihrer späteren „Erhebung" zur Rechtsnormen des Unionsrechts): *they look not only like ducks, they are ducks*.
- *Verbandsrecht* wie die Regeln der internationalen Sportverbände oder die von Tilmann Röder (2006) untersuchten standardisierten Vertragsbedingungen der Versicherungs- und Transportwirtschaft: *they look not only like ducks, they are ducks.*
- Die allgemeine Grundsätze der „*lex mercatoria*": ihr „Punktekonto" rechtfertigt es – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt – nicht, sie als „Recht" zu qualifizieren; es handelt sich um von bestimmten Institutionen propagierte „*ducks*", mehr aber auch nicht.

So weit, so gut.
Was jetzt noch aussteht, ist, aus dem bisher gesagten die notwendigen rechtstheoretischen Folgerungen zu ziehen.

II. Zusammenfassende Folgerungen

Wofür wir nach allen bisher angestellten Überlegungen plädieren und plädieren müssen, ist ein *weiter Rechtsbegriff*, der mehr umfasst als nur das staatliche Recht, das aber unbestritten ein besonders wichtiger Rechtstyp ist und bleibt. Neben das *staatliche Recht* treten als unseres Erachtens unstreitige Fälle von Recht hinzu

- das Gewohnheitsrecht (*customary law*)
- das Völkerrecht (*international law*)
- das göttliche Recht (*ius divinum*).

Wenn man dann diejenigen Normenbestände aus dem Rechtsbegriff ausklammert, die reine *Sozialnormen* sind wie bestimmte Anstandsregeln oder Bräuche, dann bleibt der Rest der *„rechtsverdächtigen" Normen*, der uns hier die ganze Zeit beschäftigt hat. Die vorgestellte tabellarische Übersicht soll dabei helfen, der Berechtigung des „Anfangsverdachts" genauer nachzugehen.

Stellt sich dann heraus, dass bestimmte Normenbestände *in der Praxis* wie Recht fungieren – funktionale Äquivalenz – und von den Regelungsadressaten wir heteronome Rechtsnormen *erfahren* werden, dann haben wir auf dieser *empirischen Basis* kein Problem damit, insoweit von Recht zu sprechen. Es handelt sich dabei um andere Erscheinungsformen von Recht als das staatliche Recht oder das Gewohnheitsrecht, aber es ist Recht im Sinne von

als verbindlich praktizierten, verhaltenssteuernden Maximen – Perspektive der Rechtsadressaten – und der regelhaften Ordnung bestimmter Lebensbereiche.

Da wir dem Leser über diese allgemeine Folgerung und die vorgestellte tabellarische Übersicht hinaus einen Definitionsversuch schuldig sind, schlagen wir folgende definitorische Annäherung vor:

Als Recht sollen gelten solche Regeln,

- die sich eindeutig auf eine regelsetzende Instanz (Regelsetzer) zurückführen lassen
- die nach dem Willen der regelsetzenden Instanz Recht sein sollen: *intendierte Rechtsetzung* (→ Gebrauch von Sprache und Begrifflichkeit staatlicher Rechtsetzung)
- die von den Regelungsadressaten mehr oder weniger durchgängig *befolgt werden*
- die von den Regelungsadressaten als Recht, und zwar als fremdgesetztes Recht *erfahren* werden
- die staatliches Recht substituieren und eine *regulatory gap* ausfüllen
- die eine gewisse *Regelungsdichte* und Bestimmtheit aufweisen und
- über ein eigenes *Sanktionssystem* verfügen

Wir glauben, dass wir mit einem solchen empiriegesättigten, erfahrungswissenschaftlichen Rechtsbegriff (Duve 2012) weiter kommen, als mit der bisher so beliebten Unterscheidung von Recht als staatlichem Recht und der Verweisung aller anderen rechtsverdächtigen Normenbestände in die Restkategorie „Recht im soziologischen Sinne“. Für die Rechtswissenschaft würde daraus die Zumutung folgen, sich (auch) als Regelungswissenschaft zu verstehen – natürlich mit ihrem Hauptanwendungsfall des staatlichen Rechts.

Hiermit soll unsere Suche nach dem „richtigen“ Rechtsbegriff mit der Hoffnung beendet werden, den Leser davon überzeugt zu haben, dass es nur mit einem weiten, verschiedene Typen von Recht umspannenden Rechtsbegriff gelingen kann, der komplexen und dynamischen *World of Rules* gerecht zu werden.

Was jetzt noch aussteht, ist eine bisher noch nicht erörterte Facette von Governance-Kollektiven als Regelungskollektiven näher in den Blick zu nehmen. Wie wir im letzten Kapitel dieses Buches zeigen wollen, sind Rechtsgemeinschaften auch Gemeinschaften mit spezifischen Gerechtigkeitsvorstellungen, können also als Gerechtigkeitsgemeinschaften verstanden werden: was damit gemeint ist wollen wir im Folgenden zu erläutern suchen.

Sechstes Kapitel
Rückblick und Ausblick

A. Rückblick

I. Rückblick Nr. 1: Die vier im ersten Kapitel vorgestellten Schlüsselkonzepte *revisited*

Wie erinnerlich, hatten wir im ersten Kapitel vier Schlüsselkonzepte präsentiert, die uns im weiteren Verlaufe des Buches begleiten sollten, nämlich

- Multinormativität
- Governance
- Regelungswissenschaft
- Recht als Kommunikation.

Wenn wir jetzt auf die Kapitel zwei bis fünf zurückblicken, so sollte uns dies Anlass sein, uns darüber zu vergewissern, ob diese intendierte Begleitung auch „funktioniert" hat und ob sich die vier Schlüsselkonzepte als konzeptionelles Gerüst für unsere Vermessung der *World of Rules* bewährt haben; wir denken, dass man beide Fragen mit einen eindeutigen Ja beantworten kann.

- Dies gilt zunächst einmal, und zwar ganz offensichtlich für die Multinormativität, die das ganze Buch wie ein roter Faden durchzieht. Der Blick durch die Brille der Multinormativität hat uns dazu animiert, nicht nur die „üblichen Verdächtigen" zu betrachten, die normalerweise zum Beleg für normative Vielfalt ins Feld geführt werden, sondern auch und gerade solche Regelungsregime wie die Ehrenkodizes von Offizieren und Kriminellen („Diebe im Gesetz"); an diesen im zweiten Kapitel behandelten Beispielen wurde der von uns als zentral angesehene Zusammenhang zwischen der Pluralität von Regelungskollektiven und der Pluralität von Normenordnungen besonders deutlich.

  Bei der im dritten Kapitel im Mittelpunkt stehenden Pluralität der von uns so genannten „Normproduzenten" betraten andere, vergleichsweise „modernere" Mitglieder der *World of Rules* die Bühne, und zwar die Teilwelten der *world of standards* und der *world of codes of conduct*, beides Welten, die der Welt des staatlichen Rechts zunehmend Gesellschaft leisten. Da eigentlich das ganze Buch von normativer Pluralität handelt, bedarf es an dieser Stelle im Grunde keiner weiteren Belege, um den zentralen Stellenwert des Schlüsselkonzepts der Multinormativität deutlich zu machen.

- Was die Governance-Perspektive angeht, deren Nützlichkeit wir wiederholt, zuletzt in unserem Buch über *Globalisierung als Governance-Geschichte* (2014) gepriesen haben, so

hat sie sich auch beim Schreiben dieses Buches als äußerst hilfreich erwiesen; dies gilt insbesondere für die ordnende und systematisierende Kraft von zwei Zentralbegriffen des Governance-Konzepts, nämlich dem der Regelungsstrukturen und dem der Regelungsregime.

Was zunächst den Begriff der *Regelungsstrukturen* angeht, so ist er insbesondere in den Bereichen hilfreich, in denen die klare Formtypik des staatlichen Rechts die Vielfalt normativer Ordnungen nicht mehr hinreichend zu erfassen vermag; gemeint sind hiermit insbesondere die Bereiche, in denen sich die im ersten Kapitel behandelte graduelle Entkopplung von Staat und Recht besonders gut beobachten lässt, also beispielsweise in den normativen Feldern, die wir meistens nur mit weltweit vertrauten Abkürzungen bezeichnen wie

- www – die Regelungsstrukturen des Internet
- ISO – die Regelungsstrukturen internationaler Standardsetzung und
- IOC – die Regelungsstrukturen des internationalen Sports.

An diesen Beispielen wie an vielen anderen wird deutlich, dass es eines Begriffs bedarf, der über das uns vertraute Raster von Gesetz, Verordnung und Satzung hinausgeht und einen Schirm aufspannt, in dem auch neu- und andersartige Regelungsarten Platz finden, die sich zum Teil „wildwüchsig“, also ohne Aufsicht eines wie auch immer gearteten Gesetzgebers entwickeln. Zum anderen vermag der Begriff der Regelungsstrukturen unsere Aufmerksamkeit auf die institutionelle Komponente von Regelsetzung und Regeldurchsetzung zu lenken, denn Steuerung durch Recht fungiert unter den Bedingungen sich wandelnder Staatlichkeit zunehmend als *Struktursteuerung* (Schuppert 2004a), die das Handeln von vor allem nicht-staatlichen Governance-Akteuren nicht punktgenau, sondern nur rahmenhaft steuert (Stichwort: regulierte Selbstregulierung).

Was den Begriff der *Governance-Regime* betrifft, so werden damit aufgabenbezogene institutionelle Arrangements bezeichnet, die keineswegs nur rechtsverbindlicher Art sein müssen. Wir haben diesen Begriff der Regelungsregime vor allem bei der im vierten Kapitel untersuchten Vielfalt von *Normdurchsetzungsregimen* verwenden können. Der Begriff des Regelungsregimes ist aber auch dort unverzichtbar – wo es – wie im Internet – um das Zusammenspiel verschiedener Regelungstypen geht, die erst in ihren funktionalen Zusammenhang das Regelungsregime – hier: des Internets – ausmachen.

- Wenn unsere rückblickenden Bemerkungen zu den Schlüsselkonzepten von Multinormativität und Governance auch nur halbwegs richtig sind, dann machen sie nahezu zwangsläufig deutlich, dass es eines gewandelten Verständnisses von Rechtswissenschaft bedarf, und zwar im Sinne einer Fortentwicklung der klassischen *Rechts*wissenschaft zu einer unseres Erachtens nach allein zeitgemäßen *Regelungswissenschaft*. Wenn wir – was deutlich geworden sein dürfte – zur Beschreibung und Analyse der *World of Rules* eines Weitwinkelobjektivs bedürfen, dann kann dieses die Sehschärfe erhöhende

Objektiv nur Regelungswissenschaft heißen: Damit wird – um Missverständnisse von vornherein auszuschließen – keineswegs die Abdankung der klassischen Rechtswissenschaft und ihrer dogmatischen Kompetenz verlangt, sondern vielmehr die Notwendigkeit einer Perspektivenerweiterung reklamiert, die uns in den Stand setzt, die Pluralität von Regelungstypen und Regelungsregimen in ihrer jeweiligen Eigenart und ihrem Zusammenspiel zu erfassen. Mithin geht es und nicht um die „alltägliche" Lösung von Rechtsfragen, für die eine praxisorientierte Rechtswissenschaft unverzichtbar bleibt, sondern um die Bedingungen von Recht in einer sich immer mehr ausdifferenzierenden und globalisierenden Welt. Was wir dementsprechend für unverzichtbar halten, ist die Fortentwicklung der Rechtssoziologie zu einer *Regelungssoziologie*, ein Projekt, das Max Weber – da sind wir uns ganz sicher – mit Wohlgefallen betrachten würde.

Wir fühlen uns mit der Propagierung einer Regelungswissenschaft auch nicht ganz allein gelassen; anlässlich unseres Aufenthaltes am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte wurde uns berichtet, dass in den internen Diskussionen des Instituts schon seit längerem von einem Verständnis von Rechtswissenschaft als *Normativitätswissenschaft* gesprochen werde, was unser Anliegen in anderem terminologischen Gewande unterstützt und vielleicht für die rechtswissenschaftliche Community einen Begriff mit höheren Rezeptionschancen darstellt. Dies wird sich weisen.

- Was das Schlüsselkonzept *Recht als Kommunikation* angeht, so lässt es sich nicht so leicht und nahtlos wie die Konzepte Multinormativität und Governance bestimmten Bereichen und Regelungsregimen zuordnen; vielmehr ist Kommunikation über Recht als Phänomen eher allgegenwärtig, wenn auch häufig mehr als Hintergrundmusik, denn als markant hervortretendes Trompetensolo. So ist etwa Rechtsanwendung stets in den Kontext einer Vielzahl von Rechtsinterpreten eingebunden, sei es – ganz deutlich – bei als Kollegialorgangen verfassten rechtlichen Spruchkörpern, sei es im gerichtlichen Instanzenzug, sei es im Dialog der Gerichte mit der universitären Rechtswissenschaft, die deren Entscheidungen kommentiert und kritisch begleitet. Aber es gibt auch benennbare Bereiche der Rechtsproduktion, der Rechtsanwendung und der Rechtsdurchsetzung, in denen die kommunikative Dimension von Recht besonders deutlich hervortritt: So ist und wird – wie insbesondere Thomas Duve dargelegt hat – *lokales Recht* kommunikativ erzeugt, tradiert und fortentwickelt. Der kooperative Staat, der häufig die Kooperation der Normadressaten zu gewinnen sucht, kennt das Instrument der paktierten Gesetzgebung, also das *Phänomen ausgehandelten Rechts* (Beispiel: Atomausstieg).

  Und bei der Rechtsdurchsetzung – etwa im Umwelt- und Klimaschutz – ist es gang und gäbe, über die Zumutbarkeit und Durchführbarkeit etwa von Auflagen mit den Betroffenen vorab zu kommunizieren.

Soweit zum Rückblick auf die im ersten Kapitel vorgestellten Schlüsselkonzepte. Uns steht des Weiteren noch ein anderer Bereich vor Augen, nämlich das Phänomen der in einer pluralistischen Gesellschaft allgegenwärtigen Gerechtigkeitsdiskurse, die uns so wichtig erscheinen, dass wir auf sie zum Abschluss dieses Kapitels noch einen vertiefenden Blick werfen wollen.

II. Rückblick Nr. 2: Zum engen Zusammenhang von Gemeinschaftsbildung und Regelsetzung

Wenn wir unser Buch noch einmal durchblättern und die in ihm angestellten Überlegungen erneut Revue passieren lassen, dann tritt ein Grundmotiv sehr deutlich hervor, nämlich der von uns an zahlreichen Stellen betonte Zusammenhang von Gemeinschaftsbildung und Regelsetzung; es sind vor allem vier Beobachtungen und Befunde, die uns dazu bewogen haben, diesen Zusammenhang so stark hervorzuheben:

- Blickt man durch die Doppelbrille der Rechtssoziologie und der Gruppensoziologie, so wird man sich der Einsicht nicht verschließen können, dass Regelbildung in den meisten Fällen *gruppenspezifische Regelbildung* ist: Gruppen geben sich Regeln, um sich im Innern zu stabilisieren und gleichzeitig nach außen abzugrenzen. Wie wir im fünften Kapitel ausführlich dargestellt haben, sind die Vertreter der klassischen Rechtssoziologie nahezu einhellig der Auffassung, dass Recht primär als *Gruppenrecht* entstanden ist und entsteht, und dass es der rechtliche oder faktische *Gruppenzwang* ist, der die Befolgung der gruppenspezifischen Regeln gewährleistet. Am Beispiel der „Diebe im Gesetz" haben wir im zweiten Kapitel die schlechthin zentrale Bedeutung von Gruppenzugehörigkeit und Gruppensolidarität zeigen können; genereller gewendet kann man von einer gemeinschaftsstabilisierenden Funktion von gemeinsam als verbindlich betrachteten Regeln sprechen. Dies ist auch der Grund, warum wir – in der Terminologie der Governance-Forschung – von Governance-Kollektiven als *Regelungskollektiven* sprechen, da nach unseren Beobachtungen eigentlich jedem gruppenmäßig verfassten Kollektiv ein – wie wir es nennen wollen – *Regelungsgen* eigen ist.

- Aber es geht nicht nur um die gemeinschaftsstabilisierende Funktion von Regelbildung, Regeln haben durchaus auch eine *gemeinschaftskonstituierende Funktion*. Dies lässt sich an zwei Beispielsbereichen besonders gut veranschaulichen, nämlich einmal an spezifischen personalen Governance-Kollektiven und ihren sie konstituierenden *Ehrvorstellungen* – Paradebeispiel ist die gruppenspezifische Offiziersehre –, zum anderen an – wie wir sie genannt haben – gemeinschaftsstiftenden Normenordnungen wie etwa im Falle religiöser Orden – Paradebeispiel sind die zum Teil sehr elaborierten Ordensregeln – oder auch von Missionsgesellschaften wie etwa der Basler Mission.

- Diese Beobachtungen haben uns – drittens – dazu veranlasst, die schöne Formulierung vom „Gehäuse der Zugehörigkeit" zu entlehnen und in diesem Zusammenhang die kommunitaristisch klingende Frage zu stellen, wie viel Gemeinschaft der Mensch eigentlich braucht. Seine schier ubiquitäre Regelproduktion scheint dafür zu sprechen, dass der Mensch nicht nur im Sinne von Arnold Gehlen ein institutionen-, sondern auch – was häufig auf dasselbe hinausläuft – ein *regelbedürftiges Wesen* ist, jedenfalls dann, wenn er als Teil von Gruppen, sozialen Kreisen (Simmel) oder sozialen Figurationen (Elias) auftaucht.
- Damit sind wir beim vierten und letzten Punkt dieses zweiten Rückblickes angelangt, nämlich der Beobachtung, dass es zahlreiche Gemeinschaften gibt, die sich ganz dezidiert als *Rechtsgemeinschaften* verstehen. Dies gilt sowohl – wie Paolo Prodi dargelegt hat – für die aus Schwureinungen hervorgegangenen Stadtgemeinschaften als auch für die katholische Kirche, die sich stets und ausdrücklich auch als Rechtskirche verstanden hat.

Soweit zum Zusammenhang von Gemeinschaftsbildung und Regelsetzung.

Was uns aber in diesem Durchgang durch die Pluralitäten noch zu fehlen scheint, ist ein Blick auf die *Gerechtigkeitsdimension* jeder Normenordnung, da – soweit wir sehen – keine Normenordnung darauf verzichten kann, sich in ihrem jeweiligen Rechtfertigungsnarrativ auf den Topos der Gerechtigkeit zu berufen (näher dazu Forst 2013). Wenn sich dies aber so verhält, dann drängt sich uns die Frage auf, ob die *World of Rules* auch durch eine *Pluralität von Gerechtigkeitsvorstellungen* gekennzeichnet ist und ob wir der Pluralität von Rechtsgemeinschaften auch eine Pluralität von – wie wir sie nennen wollen – Gerechtigkeitsgemeinschaften zur Seite stellen können. Diese Frage zum Schluss dieses Buches aufzugreifen, scheint uns auch deshalb sinnvoll zu sein, weil wir am Beispiel verschiedener *Gerechtigkeitsdiskurse* noch einmal die Bedeutung des Schlüsselkonzepts „Recht als Kommunikation" hervorheben können.

B. Ausblick: von der Pluralität von Gerechtigkeitsgemeinschaften zur Pluralität von Gerechtigkeitsarten

Wir verfolgen mit den nachfolgenden Überlegungen ein relativ bescheidenes Ziel: Wir möchten gern herausfinden, ob es Sinn ergibt, nicht nur – wie im zweiten Kapitel ausführlich dargelegt – verschiedene Normenordnungen mit ihren je spezifischen Rechtfertigungsnarrativen zu unterscheiden, sondern als Bestandteil der Kommunikation über Recht auch verschiedene Spielarten von Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit; zweitens möchten wir – die Akteursperspektive einnehmend – wissen, wer von welchen Ungerechtigkeiten

betroffen ist (oder sich fühlt) und daher als Bestandteil einer Gesellschaftskritik welche Gerechtigkeitsforderungen erhebt.

Was wir also nicht tun wollen und auch nicht können, ist, uns an der weit verzweigten Debatte über Gerechtigkeitstheorien zu beteiligen (vgl. dazu die hilfreiche Einführung von Ladwig 2011 sowie als ersten Zugriff den Handbuchbeitrag von Gosepath 2008); auf die entsprechenden rechtsphilosophischen oder politik-philosophischen Beiträge verweisen wir daher nur, soweit sie für unser „kleines" Thema „Gerechtigkeitsarten und Gerechtigkeitsgemeinschaften" einschlägig sind.

I. Zur Pluralität von Ungerechtigkeiten und – spiegelbildlich – von eingeforderten Gerechtigkeiten

„Es gibt" – so lesen wir im Lehrbuch der Rechtstheorie von Bernd Rüthers und Christian Fischer – „viele Gerechtigkeiten" (Rüthers und Fischer 2010, S. 25). Dass sich dies so verhält, wird unmittelbar einsichtig, wenn man sich die verschiedenen *Arten von Ungerechtigkeiten* vor Augen führt, die sich mit unseren – woher auch immer herrührenden – *Gerechtigkeitsvorstellungen* nicht vereinbaren lassen; dieser methodische Weg, mit typischen Ungerechtigkeitssituationen zu beginnen, ist von Iris Marion Young in ihrem wichtigen Buch *Justice and the Politics of Difference* (1990) beschritten worden und wir wollen uns die Zeit nehmen, einen kurzen Blick auf ihren methodischen Ansatz und die von ihr identifizierten fünf „Arten von Ungerechtigkeit" zu werfen.

Was ihren methodischen Ansatz angeht, so ist er durch ihre Überzeugung geprägt – die wir übrigens voll teilen – dass bei der im allgemeinen Gerechtigkeitsdiskurs beobachtbaren Dominanz des Themas der *Verteilungsgerechtigkeit* die Gefahr besteht, andere Gerechtigkeitsarten und – spiegelbildlich – andere Ungerechtigkeitsarten aus dem Blick zu verlieren. Um dem entgegenzuwirken, setzt sie nicht bei Idealvorstellungen von Gerechtigkeit an, sondern bei zwei gesellschaftlichen Phänomenen, die in der Regel zu bestimmten Formen von Ungerechtigkeit führen und zwar von Ungerechtigkeit nicht so sehr gegen einzelne Individuen, sondern gegenüber *Gruppen*. Gemeint sind *Unterdrückung und Herrschaft*:

> „Diese Beschränkungen [durch Unterdrückung und Herrschaft, G. F. S.] enthalten distributive Muster, darüber hinaus betreffen sie auch Bereiche, die sich nicht so leicht unter die Verteilungslogik subsumieren lassen: Entscheidungsprozesse, Arbeitsteilung und Kultur. […]
>
> Im Folgenden versuche ich, den Begriff der Unterdrückung zu erläutern; dabei orientiere ich mich an seinem Gebrauch durch die neuen sozialen Bewegungen in den USA seit den sechziger Jahren. Ich beginne mit einer Reflexion über die Situation der Gruppen, von denen diese Bewegungen behaupten, sie seien unterdrückt: z. B. Frauen, Schwarze, Chicanos, Puerto Ricaner und andere spanischsprechende Amerikaner, Indianer, Juden, Lesbierinnen, Schwule, Araber, Asiaten, alte Menschen, Arbeiter sowie physisch wie psychisch Behinderte. Ich habe vor, die Bedeutungsvarianten des Begriffs, wie sie die diversen politischen Bewegungen verwenden, zu systematisieren und eine normative Beweisführung zu entwickeln, die das Unrecht, das der Begriff bezeichnet, spezifiziert." (Young 2002, S. 428)

Was nun die fünf von Marion Young identifizierten Unterdrückungsarten betrifft, so handelt es sich um die folgenden:

- Klassische Ausbeutung

  Die „klassische Ausbeutung" begegnet uns nach Young in drei Varianten: Da die marxistische Konzeption von Ausbeutung (Nr. 1) zu eng sei, rechneten hierzu auch die Ausbeutung aufgrund des Geschlechts (Nr. 2) sowie die Ausbeutung aufgrund rassischer Zugehörigkeit (Nr. 3). Diese Unterdrückungsvarianten seien aber nur die offensichtlichsten; gefährlicher seien die nachfolgenden Erscheinungsweisen ungerechter Unterdrückung.

- Marginalisierung

  „Marginalisierung ist vielleicht die gefährlichste Form der Unterdrückung. Eine ganze Kategorie von Personen ist von der nützlichen Partizipation am sozialen Leben ausgeschlossen oder sogar der Vernichtung ausgesetzt. […] Wenn auch die materielle Depravation durch den Wohlfahrtsstaat etwas aufgefangen wird, so ist die Marginalisierung deshalb ungerecht, weil sie die Möglichkeit blockiert, die eigenen Fähigkeiten auf gesellschaftlich definierte und anerkannte Weise auszuüben." (Young 2002, S. 435)

- Machtlosigkeit

  „Der Begriff ‚Machtlosigkeit' bezeichnet auch eine Position im Rahmen der Arbeitsteilung und der damit einhergehenden gesellschaftlichen Stellung, und zwar eine, die den betreffenden Personen wenig Möglichkeit läßt, ihre Fähigkeiten zu entwickeln und auszuüben. […] Vielleicht kann man diesen Status der Machtlosigkeit am besten negativ charakterisieren: Die Machtlosen haben nicht die Autorität, den Status und das Selbstbewußtsein, das Angehörige der höheren Berufsklassen meistens haben." (Young 2002, S. 437 f.)

- Kulturimperialismus

  „Ausbeutung, Marginalisierung und Machtlosigkeit beziehen sich auf Macht- und Unterdrückungsverhältnisse, die aufgrund der gesellschaftlichen Ordnung von Arbeit auftreten – wer für wen arbeitet, wer nicht arbeitet und wie der Inhalt der Arbeit eine institutionelle Position im Verhältnis zu anderen definiert. Diese drei Kategorien beziehen sich auf die strukturellen und institutionellen Beziehungen, die das materielle Leben der Leute definieren. Das schließt die Ressourcen, zu denen sie Zugang haben, und ihre konkreten Chancen, ihre Fähigkeiten zu entwickeln und auszuüben, mit ein, ohne freilich darauf beschränkt zu sein. […] Theoretikerinnen und Theoretiker der Befreiungsbewegungen, insbesondere die der feministischen und schwarzen Bewegungen, haben in der jüngsten Vergangenheit auch einer ganz anderen Unterdrückungsform Bedeutung beigemessen, die ich [...] Kulturimperialismus nennen will. Unter Kulturimperialismus zu leiden heißt, zu erfahren, wie durch die in einer Gesellschaft herrschenden Werte die besondere Perspektive der eigenen Gruppe unsichtbar gemacht und wie zugleich die eigene Gruppe stereotypisiert und als das Andere gekennzeichnet wird." (Young 2002, S. 439)

- Gewalt

  „Schließlich leiden viele Gruppen unter der Unterdrückung durch systematische Gewalt. Die Mitglieder einiger Gruppen leben mit dem Wissen, das sie willkürliche, unprovozierte Angriffe auf ihre Person oder ihr Eigentum fürchten müssen, die kein anderes Motiv haben, als ihnen Schaden zuzufü-

> gen, sie zu erniedrigen oder zu zerstören. […] Was Gewalt zu einem Phänomen sozialer Ungerechtigkeit macht und nicht zu einer bloß individuellen, moralischen falschen Handlung, ist der systematische Charakter, die Existenz von Gewalt als Form sozialer Praxis.
>
> Gewalt ist systematisch, wenn sie gegen Mitglieder einer Gruppe alleine aus dem Grund gerichtet ist, weil sie Mitglieder dieser Gruppe sind. Beispielsweise hat jede Frau Grund, sich vor Vergewaltigung zu fürchten. Ungeachtet dessen, was ein schwarzer Mann geleistet hat, um der Unterdrückung in Form von Marginalität oder Machtlosigkeit zu entkommen, lebt er stets mit dem Bewußtsein, Angriffen und Belästigungen ausgesetzt zu sein. Unterdrückung in Form von Gewalt besteht nicht nur aus direkter Peinigung, sondern im, täglichen Wissen um die Möglichkeit der Verletzung allein aufgrund der Gruppenidentität, einem Wissen, das von allen Mitgliedern der unterdrückten Gruppe geteilt wird. Mit der Drohung eines Angriffs auf die eigene Person oder auf Familie und Freunde leben zu müssen nimmt den Unterdrückten Freiheit und Würde und verschwendet ihre Energien unnötigerweise." (Young 2002, S. 441 f.)

Wir haben diese fünf Unterdrückungsvarianten hier so relativ ausführlich wiedergegeben, weil an ihnen zweierlei sehr deutlich wird: Einmal zeigt sich, dass die Konzeptualisierung von Gerechtigkeit als Verteilungsgerechtigkeit viel zu eng ist, zum anderen wird klar, dass diejenigen Menschen, die diese Unterdrückungserfahrungen machen, sie nicht als singuläre Individuen erleben, sondern als Angehörige einer *bestimmten Gruppe*. Es geht also – wie Iris Marion Young über der Überschrift „Five Faces of Oppression" näher ausführt (Young 1990, S. 39 f.) – um „Oppression as a structural concept" und um „The concept of a social group"; damit sind wir wieder bei unserem gruppensoziologischen Ansatz angelangt, der vor allem im zweiten und im fünften Kapitel dieses Buches eine so wichtige Rolle spielt.

II. Gerechtigkeitsgemeinschaften und ihre Gerechtigkeitsvorstellungen

1. Zur Gemeinschaftsgebundenheit von Gerechtigkeitsvorstellungen

An dieser Stelle möchten wir den Leser einladen, sich an den Anfang dieses Buchs zurückzuversetzen, wo wir im zweiten Kapitel Governance-Kollektive vor allem als *Regelungskollektive* in den Blick genommen haben. Unsere Ausgangthese war hier, dass Governance-Kollektive sich – nach unseren Beobachtungen ausnahmslos – Regeln geben, um einerseits ihren inneren Zusammenhalt zu festigen und sich gleichzeitig nach außen abzugrenzen. Governance-Kollektive sind darüber hinaus in aller Regel auch *Kommunikationsgemeinschaften*, da kollektive Identität vornehmlich durch Kommunikation erzeugt und perpetuiert wird (ausführlich dazu Schuppert 2015). Aber Governance-Kollektive sind nicht nur Regelungs- und Kommunikationsgemeinschaften, sie sind auch – wie wir sie nennen wollen – *Gerechtigkeitsgemeinschaften*, wobei mit diesem Begriff ausgedrückt werden soll, dass „das Selbstverständnis spezifischer Gemeinschaften von Bedeutung für die Begründung von Gerechtigkeitsnormen ist" (Gertenbach et al. 2010, S. 120). Wir sind also der Auffassung – und folgen insoweit Autoren wie Michael Sandel (1982) und Charles Taylor (1989), dass es einen direkten Zusammenhang gibt zwischen „der Frage nach der Rolle des sozialen Kon-

textes […] im Selbstverständnis von Gesellschaftsmitgliedern auf der einen Seite und der *Begründung von Gerechtigkeitsnormen* auf der anderen Seite“ (Gertenbach et al. 2010, S. 125). Im Folgenden wollen wir mit Entschiedenheit die These zugrunde legen, dass *Gerechtigkeitsvorstellungen* – und von solchen sprechen wir, nicht von einem feststehenden Gerechtigkeitsbegriff – gemeinschaftsgeprägte Vorstellungen und Werte sind, Gerechtigkeit also nach unserem Verständnis immer *Kontextabhängige Gerechtigkeit* ist.

Dass sich dies so verhält, wird hinreichend deutlich, wenn wir uns nunmehr an einer Typologie von Gerechtigkeitsarten versuchen.

2. Zur Pluralität von Gerechtigkeitsarten – Versuch einer Typologie

Ein erster Versuch, verschiedene Gerechtigkeitsarten zu unterscheiden – mehr können wir hier nicht leisten – könnte etwa so aussehen:

- Verteilungsgerechtigkeit
- Verfahrensgerechtigkeit
- Anerkennungsgerechtigkeit
- Teilhabegerechtigkeit
- Vergeltungsgerechtigkeit sowie – last but not least –
- Versöhnungs- und Wiedergutmachungsgerechtigkeit

Was zunächst die Verteilungsgerechtigkeit angeht, so haben wir uns entschieden, hier zu ihr nichts weiter auszuführen, und zwar aus zwei Gründen: Einmal dominiert sie alle Darstellungen von Gerechtigkeitstheorien in einem Maße, dass es wenig sinnvoll erscheint, ihr ein weiteres Kurzportrait hinzuzufügen; zum anderen wird der Diskurs über Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit vor allem als ein globaler Diskurs geführt (Hinsch 2001; Rogge 2001), das heißt, über Kriterien von universellem Geltungsanspruch (näher dazu Gosepath 2001, S. 153 ff.). Wir sind hingegen der Auffassung, dass für die überwiegende Zahl von Gerechtigkeitsdiskursen eine nicht weiter strukturierte globale Arena ein zu weit gestrickter Diskursrahmen ist und dass es für zielführende Gerechtigkeitsdebatten vielmehr eines gemeinsamen strukturellen und institutionellen Rahmens bedarf:

> „Demnach ist es nicht die geographische Verbundenheit, die eine Gruppe von Menschen zu gemeinsamen Subjekten von Gerechtigkeit macht, sondern ihr gegenseitiges Eingelassen-Sein in einen gemeinsamen strukturellen oder institutionellen Rahmen; dieser Rahmen stellt die Grundregeln bereit, an denen sich ihre sozialen Interaktion ausrichtet und formt somit ihre gegenseitige Lebensmöglichkeiten in Form von Vorteilen und Nachteilen.“ (Fraser 2007, S. 361)

Nach dieser klarstellenden Vorbemerkung können wir mit der Darstellung der verschiedenen, in der Regel gruppenspezifischen Gerechtigkeitsarten beginnen:

a) Verfahrensgerechtigkeit

Wenn es – wovon wir ausgehen – keine allgemein akzeptierte Patentformel für die inhaltliche Bestimmung von Gerechtigkeit gibt und aus demokratietheoretischen Gründen auch nicht geben dürfte, dann liegt es nahe, das Gerechtigkeitsproblem zu *prozeduralisieren*. Eine solche Prozeduralisierung darf aber nicht nur als ein aus der Not geborener Ausweg im kompensatorischen, instrumentellen Sinne verstanden werden, sondern hat darüber hinaus den Charme, dass – wie sozialpsychologische Untersuchungen ergeben haben (Bierbrauer 1982) – die *Akzeptanz von Verteilungsentscheidungen* steigt, wenn das dabei angewandte Verfahren von den Beteiligten als fair und angemessen empfunden wird. Die Einsicht in diesen funktionalen Zusammenhang hat in den USA eine breit angelegte Forschung zu *procedural justice* ausgelöst und in Deutschland zu einer deutlichen Aufwertung des Verfahrensgedankens geführt (Lerche et al. 1984); Klaus Röhl hat diese Entwicklung für uns wie folgt nachgezeichnet:

> „In den USA hat sich eine breite empirische Forschung über ‚Procedural Justice' entwickelt. Sie hat gezeigt, daß Verfahren von Beteiligten und Beobachtern unabhängig von ihrem Ausgang als mehr oder weniger gerecht oder fair eingeschätzt werden und daß diese Einschätzungen von erheblicher Bedeutung ist für die Frage, ob die am Ende der Verfahrens stehende Zuteilung als gerecht akzeptiert wird. In Europa hat man in der soziologischen Diskussion über ‚Reflexives Recht' den Gesichtspunkt der Prozeduralisierung ausgearbeitet, und hier wie dort ist ‚Verfahrensgerechtigkeit' zu einem wichtigen rechtsphilosophischen Topos geworden. Es wird geltend gemacht, daß es in der modernen Gesellschaft an objektiven oder allgemein konsentierten Maßstäben für eine gerechte Aufteilung von Lebenschancen und Risiken fehle. Vielfach scheine es daher einfacher zu sein, sich über ein Verfahren zu verständigen als über die Aufteilung selbst. Die Folge ist, daß materielle Aufteilungsmaßstäbe erst im Verfahren erarbeitet oder ganz durch Verfahren ersetzt werden. Last not least hat auch die Jurisprudenz den ‚Mehrwert' des Verfahrens entdeckt. Man denke nur an das Stichwort vom ‚Grundrechtsschutz durch Verfahren'." (Röhl 1993, S. 1 f.)

Wenn man nun weiter fragt, was in den Augen der Beteiligten als ein gerechtes Verfahren gelten kann, so haben sich in der *Procedural-justice*-Forschung zwei modellhafte Antworten herausgebildet, nämlich das *self interest model* und das *group value model*:

Das *self interest model*, das insbesondere von Thibaut und Walker (1975) propagiert worden ist, geht von der Existenz des unter dem Namen „homo oeconomicus" vertrauten nutzenmaximierenden Individuum aus, dass sich Konfliktlösungsverfahren gegenüber sieht, in dem eine dritte Partei – ein Richter und/oder Geschworene – den Konflikt entscheiden, die egoistischen Nutzenmaximierer den Ausgang des Verfahrens also nur begrenzt beeinflussen können. Die naheliegende Strategie besteht dann darin, – wie Astrid Epp uns die Argumentation von Thibaut und Walker erläutert – wenigstens auf das Verfahren der Entscheidung so viel Einfluss wie möglich zu nehmen (Epp 1998, S. 28 ff.). Dieses Modell von Thibaut und Walker orientiert sich an idealtypischen Vorstellungen von US-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Gerichtsverfahren, bei deren Vergleich das amerikanische Modell mit einer ausgeprägten Verfahrensherrschaft der Parteien „natür-

lich" besser abschneiden musste; diese Argumentationskette präsentiert uns Astrid Epp in eingängiger Art und Weise wie folgt:

> „Im Zentrum der Untersuchungen, [...] stand ein Vergleich zweier Typen von Gerichtsverfahren, des Adversary Models und Inquisitorial Models. Das Adversary Model, der ‚Prototyp' des amerikanischen Gerichtsverfahrens, sieht vor, daß die Verfahrensbeteiligten einen Großteil der Kontrolle über der Verfahrensablauf übernehmen, hinsichtlich der Beibringung von Beweismaterial und Zeugen wie auch der Sachverhaltermittlung im Verfahren. Zudem entscheiden die gegnerischen Parteien selber darüber, wann die Sacherverhaltsermittlung abgeschlossen ist. Das Inquisitorial Model entspricht eher kontinentaleuropäischen Gerichtsverfahren im Bereich des öffentlichen Rechts, in denen die Verfahrensherrschaft allein bei dem Gericht oder der Verwaltung liegt, die auch über den Abschluß der Sachverhaltsermittlung entscheiden. Der ausschlaggebende Unterschied zwischen beiden Verfahren liegt in dem Maß an Einfluß, das die Beteiligten auf das Verfahren haben. Die Ergebnisse dieses Vergleichs, die eine eindeutige Bevorzugung des Adversary Models erkennen ließen, führen zu einer instrumentellen Sicht dessen, was ein faires Verfahren ausmacht; fair ist ein Verfahren dann, wenn es den Beteiligten die Möglichkeit einräumt, ihre Interesse zumindest teilweise durchzusetzen. (Epp 1998, S. 29 f.)

Wie der Name dieses Modells schon aussagt – und dies ist für uns der entscheidende Punkt – geht es bei den Werten, die bei der Beurteilung der Angemessenheit des Verfahrens eine Rolle spielen, um *Gruppenwerte* oder gemeinschaftsspezifische Werte: Es geht also bei den angemessen zu behandelnden Verfahrensbeteiligten nicht um atomistische Individuen, sondern um den *Einzelnen als Mitglied einer bestimmten Gruppe oder Gemeinschaft*; in dem Beitrag von Tom R. Tyler und E. Allan Lind über „Intrinsic Versus Community-Based Justice Models: When Does Group Membership Matter?" (1990) heißt es dazu klar und deutlich wie folgt:

> „Group-value theory draws on findings from the literature on group identification effects in its attempt to explain when and why people are concerned with procedural justice. Group-value theory argues that people are concerned about the fairness of procedures not only because they care about the outcome of those procedures. They also view procedures as one of the most important defining features of groups and societies: procedures are seen as manifestation of the group's underlying values. How a person is treated under a given procedure is thought to be indicative of the person's status within the group, and people regard receiving unfair treatment as threatening to their status within the group or society. Because group-value theory views group-related variables as especially powerful determinants of procedural justice concerns, it predicts that group membership and a sense of community will be crucial variables in justice-related attitudes and behavior." (Tyler und Lind 1990, S. 87)

Gegen diese *group-value theory* mag es gewichtige Einwände geben (Epp 1998, S. 36 f.) und in der Tat bleibt der Gruppenbegriff unscharf; uns kam es aber nur darauf an, auch innerhalb von *procedural justice* die prägende Kraft gemeinschaftsspezifischer Gerechtigkeitsvorstellungen und die Wichtigkeit ihrer Respektierung im jeweiligen Verfahren zu verdeutlichen. Wir werden darauf bei der jetzt folgenden Betrachtung zur *Anerkennungsgerechtigkeit* noch ausführlicher zurückkommen.

b) Anerkennungsgerechtigkeit

aa) Vom Kampf um Anerkennung zur *status injury* sozialer Gruppen

Bei dem Begriff der Anerkennungsgerechtigkeit ist es nahezu unmöglich, nicht an das wichtige Buch von Axel Honneth mit dem Titel *Kampf um Anerkennung* (1994) zu denken, dessen Botschaft von Rainer Forst in – wie wir finden – ebenso komprimierter wie geglückter Weise wie folgt zusammengefasst worden ist:

> „Honneths Interpretation des Kampfes um Anerkennung […] ist der umfassendste Versuch, verschiedene Stufen reziproker Anerkennung zu unterscheiden, die sich in einer Dialektik von Auseinandersetzungen um die gegenseitig gewährte Anerkennung von Autonomie- und Individualitätsansprüchen entwickeln. Diesen Stufen entsprechen – in positiver Hinsicht – verschiedene Selbstverhältnisse und – in negativer Hinsicht – verschiedene Erfahrungen verwehrter Anerkennung, die eine jede erreichte Stufe in Kämpfen um die Anerkennung gleicher Rechte und einzigartiger Individualität über sich hinaustreiben. In dieser Perspektive ist es möglich, die Stufen der Liebe, der gegenseitigen Anerkennung als Person des Rechts und der solidarischen Anerkennung von Individualität zu unterscheiden, aus denen sich das Selbstvertrauen, die Selbstachtung und das Selbstwertgefühl (oder die Selbstüberschätzung) von Personen konstituieren.“ (Forst 1996, S. 416 f.)

Es geht also bei Honneth – wie auch bei Charles Taylor (1989) – vornehmlich um die Einforderung reziproker Anerkennung unter Individuen, also um Anerkennung als Voraussetzung von – wie Nancy Fraser es nennt – *self-realization* (Fraser 1998). Wir hingegen möchten mit Nancy Fraser dieses Problem gelingender oder – häufig auch – verweigerter *recognition* aus dem engen Kontext der personalen Selbstverwirklichung herauslösen und als ein *Gerechtigkeitsproblem* begreifen, bei dem es vor allem um die Anerkennung beziehungsweise Nichtanerkennung sozialer Gruppen geht; ganz in diesem Sinne heißt es bei Nancy Fraser – und wir können dem nur zustimmen – wie folgt:

> „On the first question [‚Is recognition really a matter of justice, or is it a matter of self-realization?‘, G. F. S.], two major theorists, Charles Taylor and Axel Honneth, understand recognition as a matter of self-realization. Unlike them, however, I consider it an issue of justice. Thus, one should not answer the question ‚what's wrong with misrecognition?‘ by saying that it constitutes an impediment to the self-realization of the oppressed. One should say, rather, that it is unjust that some individuals and groups are denied the status of full partners in social interaction simply as a consequence of institutionalized patterns of cultural value in whose construction they have not equally participated and which disparage their distinctive characteristics or the distinctive characteristics assigned to them.“ (Fraser 1998, S. 3)

So zu argumentieren habe – so fährt Nancy Fraser fort – vor allem zwei Vorteile. Einmal werde so klar, dass es sich bei mangelnder Anerkennung eigentlich um ein *Problem der Teilhabegerechtigkeit* handle:

> „What makes misrecognition morally wrong, on my view, is that it denies some individuals and groups the possibility of participating on a par with others in social interaction. The norm of participatory parity is nonsectarian in the required sense. It appeals to a conception of justice that can be accepted by people with divergent views of the good life, provided that they agree to abide by fair terms of interaction under conditions of value pluralism.“ (Fraser 1998, S. 3)

Zum anderen werde so deutlich – und dies finden wir den zentralen Punkt – das es sich bei fehlender Anerkennung – etwa von Schwarzen, Frauen, Latinos oder Homosexuellen – weniger um ein Problem individueller Missachtung geht, sondern um die Missachtung von Individuen als Angehörigen einer bestimmten sozialen, ethnischen oder religiösen Gruppe. Dies bezeichnet Fraser treffend als *status injury* und führt dazu folgendes aus:

> „Treating recognition as a matter of justice has a second advantage as well. It conceives misrecognition as a status injury whose locus is social relations, not individual psychology. To be misrecognized, on this view, is not simply to be thought ill of, looked down on, or devalued in others' conscious attitudes or mental beliefs. It is rather to be denied the status of a full partner in social interaction and prevented from participating as a peer in social life as a consequence of institutionalized patterns of cultural value that constitute one of comparatively unworthy of respect or esteem. This approach avoids difficulties that arise when misrecognition is understood psychologically. When misrecognition is identified with internal distortions in the structure of self- consciousness of the oppressed, it is but a short step to blaming the victim. Conversely, when misrecognition is equated with prejudice in the minds of the oppressors, overcoming it seems to require policing their beliefs, an approach that is authoritarian. On the justice view, in contrast, misrecognition is a matter of externally manifest and publicly verifiable impediments to some people's standing as a full member of society. As such arrangements are morally indefensible whether or not they distort the subjectivity of the oppressed." (Fraser 1998, S. 3 f.)

bb) Kampf um Anerkennung als Kampf um Respektierung der kollektiven Identität

Den Kampf um Anerkennung gehen in aller Regel Erfahrungen der Missachtung der individuellen oder kollektiven Identität voraus, ein Befund, der uns veranlasst, uns kurz darüber zu vergewissern, was eigentlich mit Identität gemeint ist.

Identität – so Hartmuth Rosa – bezeichnet „das je spezifische Selbst- und Weltverhältnis sozialer Subjekte. Hier geht es nicht um die Frage der äußerlichen Identifizierbarkeit einer Person, sondern um ihr Selbstbild und ihr Selbstverständnis, d. h. um ihre *gelebte* und nur zum Teil reflektierte Frage ‚*Wer bin ich*?'. Als kollektive Identität kann dann analog die Antwort auf die Frage ‚Wer sind wir?' (als kulturelle, ethnische, religiöse oder politische Gruppe) bezeichnet werden" (Rosa 2007, S. 47).

Man kann also ein individuelles und ein kollektives „Orientierung stiftendes Identitätsgefühl" (ebd., S. 49) unterscheiden. Beide stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander, sondern prägen sich wechselseitig. Bei Hartmuth Rosa heißt es dazu in ebenso plausibler wie abgewogener Weise wie folgt:

> „Beantwortet individuelle Identität die Frage ‚Wer bin ich?', besteht kollektive Identität in der Antwort auf das korrespondierende ‚Wer sind wir?', die sich im gemeinsamen Praxisvollzug herstellt und ausdrückt. Der Prozess, in dem die erstere aus der zweiten hervorgeht, um danach in beschränktem Maß wieder auf die zurückzuwirken, stellt einen zentralen Streitgegenstand in der ‚Schlacht um das Selbst' zwischen Liberalen und Kommunitaristen dar […]. Das Wir des kollektiven Selbstbestimmungsprozesses ist dabei mit den jeweiligen Identitätskategorien variabel: Wir ‚Katholiken', ‚Männer', ‚Studenten', ‚Naturschützer', ‚Raver', ‚Europäer', etc. Dies macht deutlich, dass die Kategorialen Bausteine individueller Identität sich stets auf Kollektive beziehen, die tatsächlich oder vermeintlich

> durch gemeinsame Erfahrungen, Praktiken, Sprache, Vorstellungen des Guten etc. miteinander verbunden sind. Zugleich zeigt sich jedoch, dass die so bezeichneten Gruppen nicht als ‚Super-Subjekte' aufgefasst werden dürfen und dass jede Einheitsunterstellung einen potentiell ideologischen und normierenden Charakter trägt, oder Differenzen unterdrückt oder verleugnet: Jede mögliche Definition etwa des ‚Christseins' schließt abweichende Selbstverständnisse aus. Aus diesem Grund ist der Begriff der kollektiven Identität in den Sozialwissenschaften umstritten […]. Zu bedenken ist jedoch, dass sich individuelle Identitätsbildung nicht nur durch eigene individuelle Identitätsbildung nicht nur durch eigene Identifikation, sondern stets auch im Kontext sozialer Identitätszuschreibung vollzieht (‚Du bist eine Frau', ‚ein Jude', ‚ein Schwuler'). Individuen und Gruppen sind daher stets zu einer dialogischen (und konflikthaften) Klärung kollektiver Identität gezwungen: Was bedeutet es eine Frau, ein Jude, schwul zu sein? Daraus resultiert der identitätspolitische Kampf um Anerkennung von Minderheiten, der seit 1990er Jahren in den politischen Auseinandersetzungen demokratischer Staaten stark an Gewicht gewonnen hat. Autoren, die einer kommunitaristisch-republikanischen Position zuneigen, argumentieren darüber hinaus, dass eine diskursiv-offene Selbstverständigung darüber, wer wir sind und sein wollen, eine Voraussetzung für die politische Gestaltung demokratischer Gemeinwesen bilde […]." (Rosa 2007, S. 51 f.)

Was nun die uns besonders interessierenden kollektiven Identitäten angeht, so kann man mit Caroline Emcke (2000) zwei – sich allerdings vielfach auch überlappende – Idealtypen unterscheiden, nämlich einmal „gewollte, selbst-identifizierte kollektive Identitäten und Lebensformen" (Typ I), zum anderen (Typ II) die „nicht- intentionale, subjektivierende Konstruktion von kollektiven Identitäten", bei der die Identität – ob man es will oder nicht – von außen zugeschrieben wird. Beide Typen kollektiver Identität brächten unterschiedliche *Anerkennungsbegehren* hervor:

> „Kulturelle Kollektive des Typs 1 wollen als diese Identität anerkannt werden. Die individuellen Angehörigen wollen dementsprechend in dieser Zugehörigkeit anerkannt werden. Das erfolgreiche und angestrebte Anerkennungsverhältnis besteht bei diesen Gruppen in einer Bestätigung ihrer Identität, in dem rechtlichen Schutz ihrer Praktiken und Überzeugungen. Sie wollen als gleichwertige Mitglieder der Gesellschaft als Einzelne und als Angehörige einer distinkten Gruppe anerkannt werden. Die Anerkennung besteht in diesem Fall in einer Affirmation der kulturellen Differenz bei gleichzeitigem Zuerkennen der individuellen Gleichwertigkeit als moralisch zurechnungsfähiges Individuum, das in einer kulturell ausdifferenzierten Gesellschaft gleichberechtigt kooperieren und partizipieren darf." (Emcke 2000, S. 320)

Anders verhalte es sich im Falle zugeschriebener, fremdbestimmter kollektiver Identitäten:

> „Kollektive Identitäten des Typs 2 dagegen wollen nicht als das anerkannt werden, ‚was sie sind', denn das ‚was sie sind' ist ein ambivalentes Produkt aus Aneignung verletzender Beschreibungen und Bewertungen und dem Aufbegehren gegen eine fremde, demütigende Identität und Lebenssituation.
>
> Die Angehörigen dieser Gruppen in ihrer kulturellen Differenz im oben genannten Sinne anzuerkennen, würde die erfahrene, identitätsmitbildende Mißachtung nur reproduzieren und die einzelne Personen weiterhin in identitären Kontexten bestätigen, mit dem sie sich nicht identifizieren wollen. Wenn ein Anerkennungsverhältnis das Anerkennen des konstitutiven Zusammenhangs von Identität und dem ‚responsivem Verhalten der anderen' zur Voraussetzung hat, dann müssen die Angehörigen der kollektiven Identitäten des Typs 2 auf eine andere Weise anerkannt werden als die Angehörigen der kollektiven Identitäten des Typs 1. Dazu ist keine positive, substantielle Bestimmung dessen nötig, ‚Wer sie sind'. Wendy Brown äußert diese Befürchtung, daß die Anerkennung der verletzten Identität wiederum lediglich zur Fixierung dieser ungewollten Identität führt und die Angehörigen damit zu

> einer gleichsam freiwilligen Gebundenheit an ihre eigene Unterwerfung (‚assujetissement') angeleitet werden.
>
> Die Gefahr kann umgangen werden, indem die Angehörigen nicht als das, was sie sind anerkannt, im Sinne von ‚bestätigt' werden, sondern in dem das anerkannt wird, was ihnen angetan wurde. Dazu dient in dieser Arbeit die genauer Ausformulierung unterschiedlicher Formen der moralischen Verletzung und sozialer Ausgrenzung." (Emcke 2000, S. 321 f.)

Auf diesen Gesichtspunkt der Anerkennung angetanen Unrechts werden wir unter der Überschrift „Versöhnungs- und Wiedergutmachungsgerechtigkeit" noch zurückkommen.

c) *Teilhabegerechtigkeit*

Wie soeben schon bei Nancy Fraser deutlich wurde, ist mit der Anerkennungsgerechtigkeit die sogenannte Teilhabegerechtigkeit eng verwandt. Wie gleichwohl in einem separaten Gliederungspunkt zu behandeln, scheint uns aus zwei Gründen sinnvoll zu sein: Einmal führt uns der Begriff der Teilhabegerechtigkeit in das weite Feld der Teilhabe an demokratischen Entscheidungsprozessen und in diesem Zusammenhang zu den intensiv diskutierten Befunden, dass wir es mit dem Phänomen zurückgehender Wahlbeteiligung sowie mit dem bisher ungelösten Problem zu tun haben, wie die soziale Selektivität von Bürgerbeteiligung vermieden werden kann, eine Selektivität, die von Johanna Klatt und Frank Walter (2011) unter dem Titel „Entbehrliche der Bürgergesellschaft?" noch einmal ausführlich problematisiert worden ist. Zum anderen führt uns der Begriff der Teilhabegerechtigkeit zu einem weiteren interessanten Strang des Gerechtigkeitsdiskurses, nämlich zum sogenannten *Capability*-Ansatz, wie er insbesondere von Amarty Sen (1993) und Martha Nussbaum (2000) vertreten wird, ein Ansatz, der in deutscher Fassung unter dem Begriff der *Befähigungsgerechtigkeit* diskutiert wird.

Wir wollen an dieser Stelle einmal in den aktuellen Gerechtigkeitsdiskurs hineinhören und bedienen uns hierzu eines Artikels aus der Feder des früheren Ratsvorsitzenden der Evangelischen Kirche in Deutschland Wolfgang Huber, der in einem Zeitungsbeitrag mit dem Titel „Gerechte Teilhabe" (Huber 2015) unseres Erachtens den Grundton des gegenwärtigen Gerechtigkeitsdiskurses ziemlich gut trifft; unter der Überschrift „Von der Verteilungsgerechtigkeit zur Beteiligungsgerechtigkeit" argumentiert er in drei Schritten:

In einem ersten Schritt erläutert Huber, was unter „sozialer Gerechtigkeit" verstanden werden könnte und erläutert in diesem Zusammenhang die Funktion von *Verteilungsgerechtigkeit*:

> „Mit ihr (der sozialen Gerechtigkeit, G. F. S.) verbindet sich die Frage, auf welche Gewährleistungen durch die politische Ordnung die Einzelnen angewiesen sind, damit sie unter fairen Bedingungen leben können. Der Ausgleich gravierender sozialer Unterschiede tritt in den Blick. Die Verteilungsgerechtigkeit wird zum Thema. An den Staat richtet sich die Frage, wie weit er soziale Diskrepanzen überwinden, den Gegensatz zwischen Reich und Arm abmildern, dem Absturz in Armut durch sozialen Ausgleich zuvorkommen kann. Manche sehen darin ein Fass ohne Boden. Große Fragen liegen auf der Hand: Wem gelten die Verteilungsaktionen des fürsorglichen Staats? Allen Bürgern oder allen

> Menschen? Flüchtlingen genauso wie Einheimischen? Jungen wie Alten? Parolen vom vollen Boot oder vom Methusalem-Komplott malen das Schibboleth des überforderten Staats an die Wand. Die stark Beanspruchten fragen, wo die Belastungen ein Ende finden, denen sie durch Steuern und Abgaben ausgesetzt sind. Wann schlagen die Forderungen des umverteilenden Staats in eine Freiheitseinschränkung für die um, die dafür in vorderster Front zur Kasse gebeten werden? Auch das ist eine Gerechtigkeitsfrage. Man muss die Betroffenen zumindest davon überzeugen, dass ihr Geld gut eingesetzt wird."

Aber – so argumentiert Huber weiter – allein mit Maßnahmen der Umverteilung werde noch keine Gerechtigkeit erreicht:

> „Umverteilung ist unentbehrlich, um die Folgen der Armut zu mildern und Menschen ein halbwegs erträgliches Auskommen zu sichern. Doch zur Überwindung von Armut braucht es mehr. Auf Dauer wird nur der Staat seine Bürgerinnen und Bürger vor Armut bewahren, der sie zu aktivieren versteht. Versorgung allein kann nicht genügen; sie ist auf eine genügend große Zahl von Menschen angewiesen, die für sich und andere sorgen können. Verteilung allein schafft keine Gerechtigkeit; sie setzt voraus, dass genügend Menschen aus eigener Kraft zum Sozialprodukt beitragen. Eine Gesellschaft kann die Kraft zur Solidarität nur aufbringen, wenn sie ihren Bürgerinnen und Bürgern Chancen zur aktiven Teilhabe eröffnet."

Weil Umverteilung allein nicht ausreiche, sei es erforderlich, von der Verteilungs- zur Beteiligungsgerechtigkeit zu kommen:

> „Deshalb ist der Schritt von der Verteilungsgerechtigkeit zur Beteiligungsgerechtigkeit nötig. Teilhabe ist so wichtig wie Verteilung, Befähigung so wichtig wie Versorgung. Wenn wir die Gerechtigkeit als Tugend eines Gemeinwesens verstehen wollen, dann muss es vor allem eine aktivierende Gerechtigkeit sein, die Menschen dazu befähigt, von ihren Begabungen Gebrauch zu machen und ihren Beitrag zum gemeinsamen Leben zu leisten. Wer den Drehtüreffekt des Sozialstaats überwinden will, muss die Tür zu gesellschaftlicher Beteiligung so öffnen, dass sie nicht sofort wieder zuschlägt." (Huber 2015, S. 7)

Nach diesen drei häufig behandelten Gerechtigkeitsarten wollen wir uns zum Abschluss dieser *tour d'horizon* noch zwei Gerechtigkeitsvarianten zuwenden, an denen die Gemeinschaftsgebundenheit von Gerechtigkeitsvorstellungen und der Zusammenhang von kollektiver Identität und Gerechtigkeitsforderungen besonders deutlich wird.

d) *Vergeltungsgerechtigkeit*

aa) Eine kleine Geschichte zur Einführung

In einem Beitrag mit dem Titel „Rache, Wiedergutmachung und Strafe: ein Überblick", erzählt einer der beiden Autoren die folgende kleine Geschichte, die sich in Somalia abgespielt hat:

> „Anfang der neunziger Jahre, als eine internationale Streitmacht im Rahmen der UNOSOM-Operation in Somalia war, ist einmal ein Somali-Junge ins Bundeswehr-Lager in Beled Weyn eingedrungen und von den Wachsoldaten erschossen wurden. Die lokalen Ältesten bestanden darauf, dass der Junge unbewaffnet gewesen sei und nichts Böses im Schilde geführt habe. Sie verlangten Blutgeld

> von den Deutschen. Das Wergeld für einen Jungen oder Mann beträgt bei den Somali einhundert Kamele. Das deutsche Kommando lehnte dies mit der Begründung ab, der Junge sei unbefugt in das Lager eingedrungen und der Soldat, der die tödlichen Schüsse abgegeben habe, habe dem Reglement entsprechend gehandelt und deswegen falle ihm keine Schuld zu. Eine Zahlung von Blutgeld komme einem Schuldeingeständnis gleich, und deswegen sei dies ausgeschlossen.
>
> Der Westdeutsche Rundfunk wollte dann in einem Interview mit mir geklärt haben, wer im Recht sei. Ich erklärte, dass das Wergeld nichts mit dem Eingeständnis einer Schuld im moralischen Sinne zu tun habe. Bei Tötung oder Verletzung durch einen Unfall, mit oder ohne grobe Fahrlässigkeit, wurde auch Kompensation verlangt. Wergeld zu zahlen ist also nichts Ehrenbrüchiges, und der befürchtete Gesichtsverlust würde ausbleiben. […] Die Deutschen hätten also nicht mehr eingestehen müssen als ein bloßes Missverständnis und hätten dann mit ihrem Bedauern über den Verlust eines Menschenlebens und ihre Bereitschaft zur Wiedergutmachung eine gute Figur machen können. Und die hundert Kamele? Hätten die den Verteidigungshaushalt gesprengt? Wahrscheinlich hätte man sie nie zahlen müssen, denn auch hierbei gibt es Verhandlungsmöglichkeiten oder diskursive Strategien. Man hätte sich darauf berufen können, dass die Deutschen andere Erwerbszweige als die Kamelzucht bevorzugen und deswegen keine Kamele haben. Bei der Umrechnung in einen Geldbetrag hätte es dann sehr viel Spielraum nach unten gegeben. Ich denke mal, einhundert Dollar pro Kamel, insgesamt als 10.000 Dollar, wären eine schöne runde, symbolisch akzeptable Summe gewesen.“ (Schlee und Turner 2008a, S. 49 ff.)

Ob man die zum Schluss dieser Geschichte vorgeschlagene Lösung überzeugend findet oder nicht, steht hier nicht zur Debatte. Sie wurde hier wiedergeben, weil sie geeignet erschient, einige naheliegende Missverständnisse auszuräumen:

- Da mit dem Vergeltungsbegriff häufig ein archaischer Beigeschmack verbunden wird, ist klar zu stellen, dass es – mit Ausnahme der Blutrache – nicht immer, sondern eher seltener um die Ausübung exzessiver Gewalt geht.
- Kompensationsforderungen beziehen sich nicht auf Schuld, sondern auf die Folge einer rechtsgutsverletzenden Handlung; ihre Höhe können – darin nicht unähnlich der Buße – wie nach einem Tarifsystem bestimmt werden.
- Kompensationen sind grundsätzlich verhandel- und verrechenbar.

Nachdem mit dieser Geschichte dem Vergeltungsbegriff nichts Blutrünstiges und Archaisches mehr anhaftet, soll im Folgenden ein kurzer Blick auf die Funktionslogik des Vergeltungsprinzips geworfen werden, gilt doch dem großen Rechttheoretiker Hans Kelsen Vergeltung als das zentrale Wesensmerkmal von Gerechtigkeit überhaupt (Kelsen 1941, 1953).

bb) Zur Funktionslogik des Vergeltungsprinzips

Wenn wir einen näheren Blick auf den Grundsatzbeitrag von Bertram Turner und Günther Schlee über „Wirkungskontexte des Vergeltungsprinzips in der Konfliktregierung“ werfen (Schlee und Turner 2008b), so scheinen uns drei Aspekte für die Funktionslogik des Vergeltungsprinzips bedeutsam zu sein:

- Der erste Aspekt ist der Grundsatz der *Reziprozität von Vergeltung:*

> „Ausgangspunkt der modernen sozialwissenschaftlichen Forschung über Vergeltungsregeln ist die Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung des Prinzips der Reziprozität, des Prinzips der Gegenseitigkeit, des Ausgleichs von Leistung und Gegenleistung oder Aktion und Reaktion. Vergeltung ist ein Teil davon.
>
> Reziprozität ist also das eigentlich grundlegende Axiom. Akteure berufen sich in allen denkbaren Konstellationen menschlicher Interaktion darauf. In unterschiedlichen sozialen Feldern und Aktionsrahmen nimmt es jeweils spezifische Gestalt an. Ausbalancierter oder symmetrischer Austausch von Gaben in Form von stark formalisiertem Geschenkaustausch und wirtschaftlicher Kooperationsformen lassen sich darauf zurückführen. Als ethische Norm besagt es, andere nicht anders zu behandeln als man selbst behandelt werden möchte. Das wird oft als die sogenannte Goldene Regel bezeichnet, die als Ausdruck gegenseitigen Respekts eine Grundlage der modernen Menschenrechte darstellt.“ (Schlee und Turner 2008b, S. 7 f.)

- Das zweite Merkmal von Vergeltung ist die *Vorstellung der Proportionalität von Unrecht und Wiedergutmachung*, eine Verhältnisbestimmung, die durchaus rechtlicher Regelung zugänglich ist:

> „Vergeltung beruht auf der Vorstellung der Proportionalität von Unrecht und Wiedergutmachung, und diese setzt eine grundsätzliche soziale Gleichheit/Gleichwertigkeit der Akteure voraus und nicht eine Proportionalität der Reaktion unter Berücksichtigung- und Rangunterschieden. Diese Spannung zieht sich durch die Gesamtheit der Quellen und trägt zur Vielfalt der konkreten Umsetzung der Vergeltungsidee bei.
>
> Es gibt in den Quellen seit den frühsten Zeugnissen der altorientalischen und biblischen Zeit eine durchgehende Tendenz zu einer strikten Regulierung der Vergeltungspraxis. Diese Regelungen lassen allerdings nicht erkennen, dass sie sich auf einen vorher herrschenden Zustand ungeregelter Vergeltung beziehen würden. Die mit Abstand am häufigsten zur Regelung anstehenden Punkte sind die Bestimmung der konfligierenden Parteien, die legitime Vergeltungsziele und die Festlegung des Kompensationsleistungen für präzise beschriebene Normenverletzungen.“ (Schlee und Turner 2008b, S. 12)

- Der dritte für die Logik des Vergeltungsprinzips wichtige Aspekt besteht darin, dass die Geltendmachung von Vergeltungsansprüchen und ihre Abwicklung eine Angelegenheit desjenigen *Kollektives* ist, dem der Geschädigt oder gar Getötete angehört(e); Vergeltung zu üben ist Sache der jeweiligen *Solidargemeinschaft*:

> „In Gesellschaften ohne politische Zentralinstanzen oder akephalen Gesellschaften wird Verantwortlichkeit für Devianz zumindest zu einem erheblichen Anteil als Kollektiveigenschaft gedacht. Damit geht einher, dass die Regulierung von Streitigkeiten nicht in schierer Anarchie stattfindet oder gemäß eines simplen Rechts des Stärken, sondern dass sich im Konfliktfall Gruppen oder Konstellationen von Gruppen solidarischer Mitglieder gegenüberstehen, die in Verhandlungen über potentielle Handlungsabläufe zwischen Eskalation und Kompromiss befinden und darüber hinaus auch die öffentliche Meinung im Blick haben müssen, also einzukalkulieren haben, welche Haltung die nicht am Konflikt beteiligten Mitglieder der Gesellschaft mehrheitlich vertreten.“ (Schlee und Turner 2008b, S. 25)

3. Versöhnungs- und Wiedergutmachungsgerechtigkeit

Unter dieser Überschrift geht es um einen spezifischen Fall historischen Unrechts, in dem es primär nicht um Gerechtigkeitsansprüche von Personen oder Gruppen geht, die dieses Unrecht selbst erfahren haben oder gegenwärtig erfahren, sondern um Ansprüche von Nachgeborenen, die Wiedergutmachung oder Kompensation für ein Unrecht einfordern, das früheren Generationen zugefügt wurden ist; dies jedenfalls ist das Thema des Buches von Lukas H. Meyer über „Historische Gerechtigkeit" (2005), auf das wir uns im Folgenden beziehen. Es geht also bei den nachfolgend dargestellten Überlegungen Meyers um eine Variante *intergenerationeller Gerechtigkeit*, und es geht nicht um einzelne Individuen, sondern um ethnische und/oder soziale *Gruppen*, die sich mit Gerechtigkeitsargumenten zu Wort melden. Die beiden Gruppen beziehungsweise Gemeinschaften, die Meyer dabei im Auge hat, sind die Saami (Lappen), sowie die Sinti und Roma, Gruppen, die in der gegenwärtigen deutschen Zuwanderungsdebatte (zum Jahresbeginn 2014) eine prominente Rolle spielt; auf beide Gruppen sei ein erläuternde Blick geworfen:
Was zunächst die Gruppe der Saami oder Lappen angeht, so wird ihre kollektive Identität von Meyer wie folgt skizziert

> „Die Saami verstehen sich als eine besondere ethnische Gruppe und wünschen, ihre Identität zu erhalten. Als Gruppe haben sie bestimmte objektive Merkmale, nämlich ihre eigene Sprache, geteilte Abstammung und eine geteilte materielle sowie geistige Kultur. Ihre traditionelle Lebensweise ist verschieden von der der Umgebungsbevölkerung in sozioökonomischen und soziokulturellen Hinsichten. Die Saami haben Erfahrungen mit und sind bedroht von erheblicher Diskriminierung und Politiken, die ihre traditionellen Lebensweisen unterminieren. Im Ergebnis haben sich die Saami stets in einer ökonomischen und sozial untergeordneten Position befunden, nämlich als nicht dominierende Minderheit in den jeweiligen Nationalgesellschaften, in denen sie leben. Die Saami werden von der Umgebungsbevölkerung als indigen betrachtet und als solche in rechtlichen und administrativen Zusammenhängen behandelt. Zumindest im Vergleich zu anderen indigenen Völkern waren die Saami jüngst recht erfolgreich darin, ein gewisses Maß an interner Selbstbestimmung oder Autonomie zu erreichen. Sie haben in Finnland, Norwegen und Schweden gewählte Repräsentationsorgane einrichten können, die Saami Parlamente." (Meyer 2005, S. 142 f.)

Bei den Sinti und Roma verhält sich die Sache etwas anders:

> „Die Mehrheit der Roma Bevölkerung in Europa lebt in Zentral- und Osteuropa und auf dem Balkan. Mit der Ausnahme Spaniens haben die Roma in Westeuropa nie einen bedeutenden Teil der Population ausgemacht. Sie gelten jedoch als eine signifikante Minderheit in den meisten Ländern in Zentral- und Osteuropa. In Westeuropa haben die Roma und Sinti eine Form des Dienstleistungsnomadentums als eine Lebens- und Überlebensform entwickelt. In Zentral- und Osteuropa wurden die Roma häufig in den lokalen Arbeitsmarkt inkorporiert, was zur Aufgabe des Nomadentums und zu großen Roma-Gettos geführt hat.
>
> Die Roma beanspruchen weder eine sonderlich enge kulturelle Affinität zu einem Territorium noch eine historische Kontinuität aufgrund von Abstammung mit den vorherigen Bewohnern der Länder, in denen sie sich aufhalten. Mit Sicherheit erheben die Roma keine territorialen Ansprüche. Die Roma unterscheiden sich von anderen Minderheiten und nationalen Minderheiten dadurch, dass sie kein Heimatland oder einen ‚Mutterstaat' haben. Die Tatsachen, dass es ihnen an einem ‚Romanestan' fehlt, hat häufig dazu geführt, dass die Roma vom Status, ein ‚Volk', eine ‚Nation' oder auch nur eine

> ‚Minderheit' zu sein, ausgeschlossen wurden und werden. Die Begriffe ‚Volk' und ‚Nation' sind eng mit dem des Heimatlands verbunden. Selbst der Begriff ‚Minderheit' ist so verstanden worden, dass er die Verknüpfung zu einem bestimmten Territorium oder Mutterstaat erfordert. Erst vor kurzem haben eine Reihe europäischer Staaten die Roma als eine legitime Minderheit anerkannt.
>
> Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Roma als eine kulturelle und ethnische Minderheit gelten können. Die Roma verstehen sich selbst als eine besondere ethnische und kulturelle Gruppe. Als Gruppen habe sie bestimmte objektive Merkmale. Sie teilen Abstammung und auch eine Kultur. Die Roma haben ihre eigene Sprache, eine besondere Organisationsstruktur, ein eigenes Rechtssystem, eine eigene Literatur, Musik und besondere Gebräuche. Das Roma-Verständnis ihrer eigenen Identität ist in hohem Maße beeinflusst durch die historische Erfahrung schlimmster Formen von Ausbeutung, Diskriminierungspolitiken und erzwungener Assimilation und die fortdauernde Schutzlosigkeit gegen solche und andere Verletzungen ihrer Rechte." (Meyer 2005, S. 143 f.)

Nach dem wir nun mehr eine Vorstellung davon haben, um welche Gruppen es geht, wollen wir zwei von Lukas H. Meyer herausgearbeitete Gesichtspunkte referieren, die für unseren Diskussionszusammenhang wichtig sind.

- Der erste Punkt ist der, dass diejenigen Gruppen, die aus dem historischen Unrecht, das früheren Generationen angetan wurde, Ansprüche ableiten, als *Erinnerungsgemeinschaften* begriffen werden können; das die gemeinsame kollektive Identität begründende Band ist ein Erinnerungsband, dessen Beschaffenheit von Meyer wie folgt beschrieben wird:

  > „Heute lebende Mitglieder transgenerationeller Gruppen erheben Ansprüche als Nachfahren von Opfern historischen Unrechts. Indirekte Opfer zu sein wird für relevant gehalten für die Begründung spezifischer Ansprüche auf Restitution und Kompensation. […] Menschen können ein Zusammengehörigkeitsgefühl haben aufgrund geteilter Erfahrungen. Wenn dies der Fall ist, dann ist die Erfahrung häufig von außergewöhnlicher, wenn nicht traumatischer Qualität. Es ist nun wichtig, dass es die dem Ereignis gegebene Bedeutung und nicht das Ereignis selbst ist, die eine Erinnerungsgemeinschaft zu schaffen vermag. Kollektive Erinnerung ist nicht als eine Ansammlung individueller Erinnerungen aufzufassen, sondern vielmehr als eine soziale Praxis der Artikulation und Aufrechterhaltung der ‚Realität der Vergangenheit'. Häufig ist es das Erzählen selbst, die andauernde Artikulation der behaupteten ‚Realität der Vergangenheit', die eine Gemeinschaft formt und prägt. Aktives, gemeinschaftlich geteiltes und als wichtig für die Selbstdefinition der Gemeinschaft erachtetes Gedenken ist nötig. Diese Gemeinschaft wird durch die persönliche Bedeutung der Erinnerung und nicht durch das persönliche Zeugnis des Geschehenen definiert. Die relevante kollektive Erinnerung bezieht sich auf das geteilte Verständnis des als bindend erachteten Erbes.
  >
  > Wenn auch Erinnerungsgemeinschaften sich nicht auf eine Leidensgeschichte gründen müssen, gibt es doch einige sehr überzeugende Beispiele für die unterstützende Kraft, die einer geteilten Erinnerung an Unterdrückung innewohnt. Wie kaum etwas anderes schafft die lebendige Erinnerung an Leiden Solidarität. Die Erinnerung an Unterdrückung und Leiden dient der Einheit der Gemeinschaft wegen ihrer besonderen emotionalen Stärke und weil eine Selbstdefinition als Opfer die Grenze zwischen ‚uns' und ‚den anderen' klar zu markieren erlaubt." (Meyer 2005, S. 137 f.)

- Der zweite wichtige Punkt bezieht sich auf Inhalt und Zielrichtung der erhobenen Ansprüche, die von Erscheinungsformen symbolischer Gerechtigkeit bis zu materiellen Kompensationsleistungen reichen:

> „Immer geht es um die Erfüllung historischer Pflichten und die Realisierung der entsprechenden Ansprüche. Manchmal hat für die (indirekten) Opfer symbolische Gerechtigkeit Priorität, etwas dass die nach wie vor dominierende Gruppe ihre Schuld eingesteht. In anderen Fällen geht es um die Neuverteilung der Macht und um materielle Kompensationsleistungen. In wieder anderen Fällen werden die (indirekten) Opfer die Konsequenzen des erlittenen historischen Unrechts in ihrem geringen Status als besondere ethnische und kulturelle Gruppe erkennen und in ihrem Verständnis zu der sie umgebenden und dominierenden Bevölkerung. Sie können fordern, dass ihr gerechter Anspruch auf Autonomie und besondere Rechte auf Repräsentation in Entscheidungs- und Beratungseinrichtungen Anerkennung findet. Außerdem kann sich die Gruppe am Zugang zu dem historischen Territorium der Gruppe illegitim gehindert sehen oder darin, politische Souveränität über das historische Territorium der Gruppe auszuüben. Die Mitglieder der Gruppe können territoriale Zugeständnisse fordern, kulturelle und politische Autonomie oder auch ein Recht auf Selbstbestimmung durch Sezession“ (Meyer 2005, S. 140)

Damit sind wir am Schluss unserer Reise durch die verschiedenen Gerechtigkeitsarten und zugleich am Schluss dieser Erkundung der *World of Rules* angelangt. Wir schließen das Buch in der Hoffnung, die Vielfalt und den Facettenreichtum der *World of Rules* jedenfalls ansatzweise verdeutlicht zu haben. Manchem Leser wird nicht jeder Reiseumweg eingeleuchtet haben; es handelt sich bei diesem Buch eben auch um das Ergebnis eines langen gedanklichen Findungsprozesses, der widerspiegelt, was den Autor seit Jahren beschäftigt hat. Er bedankt sich hiermit bei all seinen Lesern, die ihn geduldig auf seinen geistigen Pfaden begleitet haben.

Literaturverzeichnis

Adolphsen, Jens (2012): Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva. In: Christian Bumke und Anne Röthel (Hg.): Privates Recht. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 93–106.

Afrobarometer (2006): The Status of Democracy, 2005–2006: Findings from Afrobarometer Round 3 for 18 countries (Afrobarometer Briefing Papers, 40), November 2006.

Afrobarometer (2009): Are democratic citizens emerging in Africa? (Afrobarometer Briefing Papers, 70), May 2009.

Allmendinger, Jutta (Hg.) (2003): Entstaatlichung und soziale Sicherheit. Opladen: Leske und Budrich.

Almond, Gabriel A.; Verba, Sidney (1965): The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Alvarez, José E. (2006): International Organizations as Law-makers. Oxford: Oxford University Press.

Amelung, Knut (Hg.) (2003): Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller.

Amelung, Knut; Kilian, Ines (2003): Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung. In: Knut Amelung (Hg.): Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, S. 3–11.

Anter, Andreas (2004): Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Appiah, Anthony (2011): Eine Frage der Ehre. Oder: Wie es zu moralischen Revolutionen kommt. München: C. H. Beck.

Arnauld, Andreas v. (2003): Normativität von Spielregeln. In: Andreas von Arnauld (Hg.): Recht und Spielregeln. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 17–36.

Arnauld, Andreas v. (2006): Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine „idée directrice" des Rechts. Tübingen: Mohr-Siebeck (Jus publicum, 148).

Arnauld, Andreas v. (2015): Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. In: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL) (Hg.): Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014. Berlin/Boston: De Gruyter (Bd. 74), S. 39–81.

Asch, Ronald G. (2008): Europäischer Adel in der frühen Neuzeit. Eine Einführung. Köln: UTB.

Auer, Katrin (2002): „Political Correctness" – Ideologischer Code, Feindbild und Stigmawort der Rechten. In: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 31 (3), S. 291–303.

Augsberg, Ino (2013): „Wer glauben will, muss zahlen"? In: *Archiv des öffentlichen Rechts* (138), S. 493–535.

Augsberg, Steffen (2003): Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes. Berlin: Duncker & Humblot.

Augsberg, Steffen (2014): Das kollektive Moment der Wirtschaftsgrundrechte. In: Thomas Vesting, Stefan Korioth und Ino Augsberg (Hg.): Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 161–182.

Aust, Helmut P. (2013): Auf dem Weg zu einem Recht der globalen Stadt? „C 40" und der „Konvent der Bürgermeister" im globalen Klimaschutzregime. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 73, S. 673–704.

Aviram, Amitai (2003): The Paradox of Spontaneous Formation of Private Legal Systems. Chicago, Illinois: Law School, University of Chicago (Olin Law and Economics Working Paper, 192).

Bade, Klaus J. (1982): Imperialismus und Kolonialmission. Kaiserliches Deutschland und koloniales Imperium. Wiesbaden: Steiner (Beiträge zur Kolonial- und Überseegeschichte, Bd. 22).

Badura, Peter (1971): Recht, Theorie des Rechts, Rechtsphilosophie. In: Peter Badura, Erwin Deutsch und Claus Roxin (Hg.): Recht. Fischer-Lexikon. Durchges. Neuaufl., 188.-202. Tsd. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch-Verlag, S. 118–137.

Badura, Peter; Deutsch, Erwin; Roxin, Claus (1971): Recht. Fischer-Lexikon. Durchges. Neuaufl., 188.-202. Tsd. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch-Verlag.

Baer, Susanne (2004): Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik. In: Eberhard Schmidt-Aßmann und Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.): Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts), S. 225–251.

Balthasar, Hans U. v. (1994): Die grossen Ordensregeln. 7. Aufl. Einsiedeln: Johannes-Verlag.

Bauer, Thomas (2011a): Die Kultur der Ambiguität. Eine andere Geschichte des Islams. Berlin: Verlag der Weltreligionen.

Bauer, Thomas (2011b): Normative Ambiguitätstoleranz im Islam. In: Nils Jansen und Peter Oestmann (Hg.): Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 155–180.

Becker, Howard S. (1973): Außenseiter. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens. Frankfurt am Main: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Beckert, Sven (2014): King Cotton. Eine Geschichte des globalen Kapitalismus. München: C. H. Beck.

Behrens, Maria (2004): Global Governance. In: Arthur Benz (Hg.): Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Governance, 1), S. 93–110.

Beisheim, Marianne; Dreher, Sabine; Walter, Gregor; Zangl, Bernhard; Zürn, Michael (Hg.) (1999): Im Zeitalter der Globalisierung? Thesen und Daten zur gesellschaftlichen und politischen Denationalisierung. Baden-Baden: Nomos.

Benda-Beckmann, Franz v. (1994): Rechtspluralismus. Analytische Begriffsbildung oder politisch-ideologisches Programm? In: *Zeitschrift für Rechtsethnologie* 119, S. 1–16.

Bender, Gerd (2013): Kollektives Arbeitsrecht im Werden. Regulierte Selbstregulierung im kaiserlichen Deutschland. Vortrag auf der Tagung „Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert“ des Exzellenzclusterprojekts „Regulierte Selbstregulierung in rechtshistorischer Perspektive“ vom 31. Januar bis 2. Februar 2013. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main, 02.02.2013.

Benz, Arthur (Hg.) (2004): Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Governance, 1).

Benz, Arthur (2007): Multilevel Governance. In: Arthur Benz, Susanne Lütz, Uwe Schimank und Georg Simonis (Hg.): Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 297–310.

Berg, Wilfried; Fisch, Stefan; Schmitt Glaeser, Walter; Schoch, Friedrich; Schulze-Fielitz, Helmuth (Hg.) (2001): Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des

Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem. Berlin: Duncker & Humblot (Die Verwaltung Beiheft, 4).

Berman, Harold J. (1991): Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Berman, Paul S. (2009): The New Legal Pluralism. In: *Annual Review of Law and Social Science* 5, S. 225–242.

Berner, Alfred F. (1848): Die Notwehrtheorie. In: *Archiv des Criminalrechts*, S. 547–598, zuletzt geprüft am 11.05.2015.

Bernstein, Lisa (2001): Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. In: *Michigan Law Review* 99, S. 1724–1790. Online verfügbar unter http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10107&context=journal_articles, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Bernstein, Richard (1990): Ideas and Trends: The Rising Hegemony of the Political Correct. In: *The New York Times*, 28.10.1990. Online verfügbar unter http://www.nytimes.com/1990/10/28/weekinreview/ideas-trends-the-rising-hegemony-of-the-politically-correct.html, zuletzt geprüft am 10.08.2015.

Beyme, Klaus v. (1997): Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Bienfait, Agathe (2006): Im Gehäuse der Zugehörigkeit. Eine kritische Bestandsaufnahme des Mainstream-Multikulturalismus. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Studien zum Weber-Paradigma).

Bierbrauer, Günter (1982): Gerechtigkeit und Fairneß in Verfahren. Ein sozialpsychologischer Ansatz zur Beilegung von Konflikten. In: Erhard Blankenburg, Walther Gottwald und Dieter Strempel (Hg.): Alternativen in der Ziviljustiz. Berichte, Analysen, Perspektiven. Köln: Bundesanzeiger (Rechtstatsachenforschung).

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1986): Kirche und modernes Bewußtsein. In: Peter Koslowski, Robert Spaemann und Reinhard Löw (Hg.): Moderne oder Postmoderne? Zur Signatur des gegenwärtigen Zeitalters. Weinheim: Acta Humaniora, VCH Verlagsgesellschaft, S. 103–129.

Böhme, Hartmut; Tesmar, Ruth (2001): Die Besteigung des Chimborazo. Annäherung an Alexander von Humboldt. Erfurt: DRV.

Bohne, Eberhard (1988): Verwaltungshandeln (informal). In: Otto Kimminich, Heinrich Freiherr von Lersner und Peter-Christoph Storm (Hg.): Handwörterbuch des Umweltrechts. 2 Bände. Berlin: Erich Schmidt, Sp. 1055–1069.

Botzem, Sebastian; Hofman, Jeannette (2009): Dynamiken transnationaler Governance – Grenzübergreifende Normsetzung zwischen privater Selbstregulierung und öffentlicher Hierarchie. In: Sebastian Botzem, Jeannette Hofman, Sigrid Quack, Gunnar Folke Schuppert und Holger Straßheim (Hg.): Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel. Baden-Baden: Nomos, S. 225–250.

Bowen, John R. (2010): How Could English Courts Recognize Shariah? In: *University of St. Thomas Law Journal* 7 (3), S. 411–435.

Brecht, Martin (1994): Protestantische Kirchenzucht zwischen Kirche und Staat. Bemerkungen zur Forschungssituation. In: Heinz Schilling (Hg.): Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa. Zeitschrift für historische Forschung (Beiheft 16). Berlin: Duncker & Humblot, S. 41–48.

Brecht, Martin; Schwarz, Reinhard (Hg.) (1980): Bekenntnis und Einheit der Kirche. Studien zum Konkordienbuch. Stuttgart: Calwer Verlag.

Brodocz, André (2006): Die souveränen Deuter. Symbolische Voraussetzungen – institutionelle Rahmenbedingungen – praktische Auswirkungen. In: Hans Vorländer (Hg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 95–120.

Broemel, Roland (2013): Compliance durch Wissen. Anforderungen an die Wissensorganisation im Recht. In: *Rechtswissenschaft* 4 (1), S. 62–90.

Brunsson, Nils; Jacobsson, Bengt (Hg.) (2002): A World of Standards. Oxford: Oxford University Press.

Bundesministerium der Justiz (2011): Law Made in Germany. Standortfaktor Recht. Online verfügbar unter http://www.recht-wp-uebersetzung.de/blog/2011/06/18/20110618-bmj-publikation-law-made-in-germany-standortfaktor-recht/, zuletzt geprüft am 20.10.2015.

Buschkowsky, Heinz (2012): Neukölln ist überall. Berlin: Ullstein.

Calliess, Gralf-Peter (2004): Transnationales Verbrauchervertragsrecht. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 68 (2), S. 244–287.

Calliess, Gralf-Peter (2006): Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Carpenter, R. C. (2003): „Women and Children First": Gender, Norms, and Humanitarian Evacuation in the Balkans 1991–95. In: *International Organization* 57 (4), S. 661–694.

Cassese, Sabino (2005): Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. In: *New York University Journal of International Law and Politics* 37 (4), S. 663–694.

Cassese, Sabino; Carotti, Bruno; Casini, Lorenzo; Macchia, Marco; MacDonald, Euan, Savino, Mario (Hg.) (2008): Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues. Institute for International Law and Justice. New York.

Chevallier, Jacques (1999): L'Etat. Paris: Dalloz.

Chirayath, Leila; Sage, Caroline M.; Woolcock, Michael (2005): Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems (World Development Report 2006: Background Papers), July 2005.

Cohn, Bernard S. (1996): Colonialism and Its Forms of Knowledge. The British in India. Princeton, N.J.: Princeton University Press (Princeton studies in culture/power/history).

Collin, Peter; Horstmann, Thomas (Hg.) (2004): Das Wissen des Staates. Geschichte, Theorie und Praxis. Baden-Baden: Nomos (Rechtspolitologie, 17).

Conrad, Sebastian (2007): Wissen als Ressource des Regierens in den deutschen und japanischen Kolonien des 19. Jahrhunderts. In: Ursula Lehmkuhl und Thomas Risse (Hg.): Regieren ohne Staat? Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit. Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung, Bd. 10), S. 134–153.

Cutler, Claire; Haufler, Virginia; Porter, Tony (Hg.) (1999): Private Authority and International Affairs. New York: Suny Press.

Daniels, Justus v. (2009): Religiöses Recht als Referenz. Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Daston, Lorraine (2015): Rules: The Prehistory of an Indespensable and Impossible Genre. In: Wissenschaftskolleg zu Berlin (Hg.): Arbeitsvorhaben der Fellows 2015/2016. Berlin, S. 28–29.

Davis, Kevin E.; Kingsbury, Benedict; Merry, Sally E. (2012): Indicators as a Technology of Global Governance. In: *Law and Society Review* 46 (1), S. 71–105.

De Lancy, Frances P. (1938): The Licensing of Professions in West Virginia. Chicago, Illinois: Foundation Press.

de Sousa Santos, Boaventura (1987): Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. In: *Journal of Law and Society* 14 (3), S. 279–302.

Dettenhofer, Maria H. (2000): Herrschaft und Widerstand im augusteischen Principat. Die Konkurrenz zwischen res publica und domus Augusta. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

DiMaggio, Paul J.; Powell, Walter W. (1983): The Iron Cage Revisited. Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. In: *American Sociological Review* 48 (2), S. 147–160.

Djelic, Marie-Laure; Sahlin-Andersson, Kerstin (2006): Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press.

Dreier, Horst (2001): Kanonistik und Konfessionalisierung. Marksteine auf dem Weg zum Staat. In: Georg Siebeck (Hg.): Artibus ingenuis. Beiträge zu Theologie, Philosophie, Jurisprudenz und Ökonomik. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 133–147.

Dreier, Ralf (1997): Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in juristisch-rechtstheoretischer Sicht. In: Gerhard Rau, Hans-Richard Reuter und Klaus Schlaich (Hg.): Das Recht der Kirche. Band 3: Zur Praxis des Kirchenrechts. Gütersloh: Kaiser Verlag, S. 171–198.

Duve, Thomas (2011): Katholisches Kirchenrecht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert: Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit. In: Stefan Kadelbach und Klaus Günther (Hg.): Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung. Frankfurt/New York: Campus, S. 147–174.

Duve, Thomas (2012): Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive. In: *Rechtsgeschichte* 20, S. 18–71.

Duve, Thomas (2013a): European Legal History – Global Perspectives. Working Paper for the Colloquium „European Normativity – Global Historical Perspectives". Max-Planck-Institut for European Legal History (Research paper series, 2013-06). Online verfügbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2292666, zuletzt geprüft am 30.01.2015.

Duve, Thomas (2013b): Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive. LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung" (Working Paper, 6). Online verfügbar unter http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/27790, zuletzt geprüft am 10.02.2015.

Edwards, Richard (2008): Sharia Courts Operating in Britain. Online verfügbar unter http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/2957428/Sharia-law-courts-operating-in-Britain.html, zuletzt aktualisiert am 14.09.2008, zuletzt geprüft am 20.07.2015.

Ehrlich, Eugen (1967): Recht und Leben. Berlin: Duncker & Humblot (Schriftenreihe des Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin, 7).

Ehrlich, Eugen (1989): Grundlegung der Soziologie des Rechts. Durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.

Eich, Peter; Schmidt-Hofner, Sebastian; Wieland, Christian (2009): Der wiederkehrende Leviathan. Zur Geschichte und Methode des Vergleichs spätantiker und frühneuzeitlicher Staatlichkeit. In: Peter Eich, Sebastian Schmidt-Hofner und Christian Wieland (Hg.): Der wiederkehrende Leviathan. Staatlichkeit und Staatswerdung in Spätantike und Früher Neuzeit. Heidelberg: Universitätsverlag Winter (Akademiekonferenzen, 4), S. 11–40.

Ellickson, Robert C. (1991): Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Ellickson, Robert C. (2001): The Market for Social Norms. In: *American Law and Economics Review* 3 (1), S. 1–49.

Emcke, Carolin (2000): Kollektive Identitäten. Sozialphilosophische Grundlagen. Frankfurt/New York: Campus.

Emde, Ernst T. (1991): Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit. Berlin: Duncker & Humblot.

Encyclopedia Britannica (2014): Common Law. Online verfügbar unter http://www.britannica.com/EBchecked/topic/128386/common-law, zuletzt geprüft am 06.01.2015.

Engert, Andreas (2014): Private Normsetzungsmacht. Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form einer Fremdbestimmung. In: *Rechtswissenschaft* (3/2014), S. 301–340.

Epp, Astrid (1998): Divergierende Konzepte von „Verfahrensgerechtigkeit“. Eine Kritik der Procedural Justice Forschung (WZB Discussion Paper, FS II 98-302).

Esders, Stefan (2015): Governanceforschung und historische Mediävistik. Neue Perspektiven auf die Genese mittelalterlicher Regierungsweise und Staatlichkeit. In: Stefan Esders und Gunnar Folke Schuppert (Hg.): Modernes Regieren im Mittelalter oder mittelalterliches Regieren in der Moderne? Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung, 27), S. 147–162.

Esders, Stefan; Schuppert, Gunnar F. (Hg.) (2015): Modernes Regieren im Mittelalter oder mittelalterliches Regieren in der Moderne? Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung, 27).

Esser, Hartmut (2000): Soziologie. Band 5: Institutionen. Frankfurt: Campus (5).

Europäische Kommission (1988): Begründung ABIEG 1988, Nr. C 335/5.

Fischer, Karsten (2011): Machiavellis Abneigung gegen Augustus und den Principat als Parallelordnung. Ein Beitrag zur methodischen Spekulation in der Politischen Theorie. In: Harald Bluhm, Karsten Fischer und Marcus Llanque (Hg.): Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte. Berlin: Akademie Verlag, S. 39–51.

Fisher, Angelina; Davis, Kevin E.; Kingsbury, Benedict; Merry, Sally E. (2012): Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings. Oxford: Oxford University Press (Law and global governance series).

Flohr, Annegret; Rieth, Lothar; Schwindenhammer, Sandra; Wolf, Klaus D. (Hg.) (2010): The Role of Business in Global Governance. Corporations as Norm-Entrepreneurs. Basingstoke (England), New York: Palgrave Macmillan.

Forst, Rainer (1996): Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Forst, Rainer (2013): Zum Begriff eines Rechtfertigungsnarrativs. In: *Normative Orders Working Paper* (3). Online verfügbar unter http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29806, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Forst, Rainer; Günther, Klaus (Hg.) (2011a): Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven. Frankfurt/New York: Campus.

Forst, Rainer; Günther, Klaus (2011b): Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms. In: Rainer Forst und Klaus Günther (Hg.): Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven. Frankfurt/New York: Campus, S. 11–32.

Franzius, Claudio (2006): Governance und Regelungsstrukturen. In: *Verwaltungsarchiv* 97, S. 176–219.

Fraser, Nancy (1998): Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation (WZB Discussion Paper, FS I 98 -108).

Fraser, Nancy (2007): Zur Neubestimmung von Gerechtigkeit in einer globalisierten Welt. In: Ludger Heidbrink und Alfred Hirsch (Hg.): Staat ohne Verantwortung? Zum Wandel der Aufgaben von Staat und Politik. Frankfurt/New York: Campus, S. 343–372.

Freidson, Eliot (1983): The Theory of Professions: State of the Art. In: R. Dingwall und P. Lewis (Hg.): The Sociology of Professions: Doctors, Lawyers and Others. London: Macmillan, S. 19–37.

Freidson, Eliot (2001): Professionalism: The Third Logic. London: Polity Press.

Frevert, Ute (1991): Ehrenmänner. Das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft. München: C. H. Beck.

Frey, Bruno S.; Savage, David A.; Schmidt, Sascha L.; Torgler, Benno (2011): Auswirkungen von Macht auf das Überleben in Extremsituationen. Ein Vergleich der Titanic und Lusitania Schiffskatastrophen. In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 63 (2), S. 237–254.

Fuchs, Doris (2005): Understanding Business Power in Global Governance. Baden-Baden: Nomos.

Füser, Thomas (1999): Vom Exemplum Christi über das Exemplum Sanctorum zum „Jedermannsbeispiel“. Überlegungen zur Normativität exemplarischer Verhaltensmuster in institutionellem Gefüge der Bettelorden des 13. Jahrhunderts. In: Gert Melville und Jörg Oberste (Hg.): Die Bettelorden im Aufbau. Beiträge zu Institutionalisierungsprozessen im mittelalterlichen Religiosentum. Münster: LIT-Verlag, S. 27–106.

Geiger, Theodor J. (1987): Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Herausgegeben von Manfred Rehbinder. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.

Gemkow, Tim (2012): Extraterritorial Law in the Era of Denationalization. Dissertation. Freie Universität Berlin.

Genschel, Philipp; Zangl, Bernhard (2008): Metamorphosen des Staates – Vom Herrschaftsmonopolisten zum Herrschaftsmanager. In: *Leviathan* 36 (3), S. 430–454.

Gephart, Werner; Sakrani Raja (2012): ‚Recht‘ und ‚Geltungskultur‘. Zur Präsenz islamischen Rechts in Deutschland und Frankreich. In: Werner Gephart (Hg.): Rechtsanalyse als Kulturforschung. Frankfurt am Main: Klostermann (Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“, 1), S. 103–137.

Gertenbach, Lars; Laux, Henning; Rosa, Hartmut; Strecker, David (Hg.) (2010): Theorien der Gemeinschaft zur Einführung. Hamburg: Junius.

Gispen, C. W. R. (1988): German Engineers and American Social Theory: Historical Perspectives on Professionalization. In: *Comparative Studies in Society and History* 30 (3), S. 550–574.

Glenn, H. P. (2013): The Cosmopolitan State. Oxford: Oxford University Press.

Goffman, Erving (1961): Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates. Garden City, N.Y.: Anchor Books.

Golding, William (2008): Herr der Fliegen. München: Fischer Taschenbuch-Verlag.

Goode, William J. (1957): Community within a Community. The Profession. In: *American Sociological Review* 34 (3), S. 268–277.

Gosepath, Stefan (2001): The Global Scope of Justice. In: *Metaphilosophy* 32 (1/2), S. 136–159. Online verfügbar unter http://www.academia.edu/4859788/The_Global_Scope_of_Justice, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Gosepath, Stefan (2008): Gerechtigkeit. In: Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch und Beate Rössler (Hg.): Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie. Berlin: De Gruyter, S. 394–401.

Gottschalk, Karin (2004): Wissen über Land und Leute: Administrative Praktiken und Staatsbildungsprozesse im 18. Jahrhundert. In: Peter Collin und Thomas Horstmann (Hg.): Das Wissen des Staates. Geschichte, Theorie und Praxis. Baden-Baden: Nomos (Rechtspolitologie, 17), S. 149–174.

Gottwald, Siegfried (2015): Many-Valued Logic. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition). Online verfügbar unter http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/logic-manyvalued/, zuletzt aktualisiert am 05.03.2015, zuletzt geprüft am 13.05.2015.

Graf, Friedrich W. (2006): Moses Vermächtnis. Über göttliche und menschliche Gesetze. München: C. H. Beck.

Graf, Friedrich W. (2008): Protestantismus und Rechtsordnung. In: Horst Dreier und Eric Hilgendorf (Hg.): Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. Akten der IVR-Tagung vom 28.–30. September 2006 in Würzburg. Stuttgart: Franz Steiner Verlag (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie : Beiheft, 113), S. 129–161.

Grant, J. A. C. (1942): The Guild Returns to America. In: *Journal of Politics* 4 (4), S. 303–336.

Grimm, Dieter (2003): Gemeinsame Werte: globales Recht? In: Herta Däubler-Gemlin und Irina Mohr (Hg.): Recht schafft Zukunft: Perspektiven der Rechtspolitik in einer globalisierten Welt. Bonn: Dietz, S. 14–29.

Großmann-Doerth, Hans (2005): Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933). In: Uwe Blaurock, Nils Goldschmidt und Alexander Hollerbach (Hg.): Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft. Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Günther, Klaus; Randeria, Shalini (2001): Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung. Bad Homburg: Reimers.

Habermas, Jürgen (1992): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Hager, Günter (2009): Rechtsmethoden in Europa. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Halm, Heinz (2007): Der Islam. Geschichte und Gegenwart. 7. Aufl. München: C. H. Beck.

Harris, H. S. (1969): Voluntary Association as a Rational Ideal. In: J. Roland Pennock und John W. Chapman (Hg.): Nomos. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, XI: Voluntary Associations, S. 41–62.

Haufler, Virginia (2001): A Public Role for the Private Sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy. Washington D. C.: Brooking Institution.

Haus, Michael (2003): Kommunitarismus. Einführung und Analyse. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.

Herrmann, Sebastian (2013): Macht der Missbilligung. Soziale Sanktionen wirken stärker als Geldstrafen. In: *Süddeutsche Zeitung*, 16.01.2013 (13), S. 16.

Hertogh, Marc (2007): What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World. Online verfügbar unter http://ssrn.com/abstract=1008451, zuletzt aktualisiert am Juli 2007, zuletzt geprüft am 04.08.2015.

Hinsch, Wilfried (2001): Global Distributive Justice. In: *Metaphilosophy* 32 (1/2), S. 58–78.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (2006): Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (4), S. 255–277.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (2012): Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 137 (4), S. S. 509-544.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (2013): Umbauten im Hause des Rechts angesichts des Wandels von Staatlichkeit. In: Andreas Voßkuhle, Christian Bumke und Florian Meinel (Hg.): Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen. Der Staat (Beiheft 21), S. 347–370.

Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schneider, Jens-Peter (Hg.) (1998): Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche. Baden-Baden: Nomos.

Honneth, Axel (1994): Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Horn, Eva (2007): Der geheime Krieg. Verrat, Spionage und moderne Fiktion. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch-Verlag.

Huber, Wolfgang (2015): Gerechte Teilhabe. Zur Überwindung von Armut braucht es mehr als Umverteilung. Der Staat muss seine Bürger aktivieren. In: *Der Tagesspiegel*, 03.05.2015, S. 7.

Hughes, Everett (1958): Men and their Work. Glencoe: Free Press.

Ipsen, Nils C. (2009): Private Normenordnungen als transnationales Recht? Berlin: Duncker & Humblot.

ISO/ IEC (1994): Guide 59. Code for Good Practice for Standardization.

Jansen, Nils (2010): The Making of Legal Authority. Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective. Oxford/New York, N.Y.: Oxford University Press.

Jansen, Nils; Michaels, Ralf (2008): Beyond the State. Rethinking Private Law. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Jenkins, Rhys O. (2001): Corporate Codes of Conduct. Self-Regulation in a Global Economy: United Nations Research Institute for Social Development (Technology, business and society programme paper), April 2001 (2).

Johnson, Sally; Suhr, Stephanie (2003): From „Political Correctness" to „Politische Korrektheit": Discourses of „PC" in the German Newspaper „Die Welt". In: *Discourse and Society* 14 (1), S. 49–65.

Kadelbach, Stefan; Günther, Klaus (2011): Recht ohne Staat? In: Stefan Kadelbach und Klaus Günther (Hg.): Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung. Frankfurt/New York: Campus, S. 9–48.

Kaspar, Johannes (2013): „Rechtsbewährung" als Grundprinzip der Notwehr? Kriminologisch-empirische und verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer Reformulierung von § 32 StGB. In: *Rechtswissenschaft* (1), S. 40–61.

Kehlmann, Daniel (2005): Die Vermessung der Welt. Roman. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag.

Kelsen, Hans (1941): Vergeltung und Kausalität: Eine soziologische Untersuchung. Den Haag: W. P. van Stockum.

Kelsen, Hans (1953): Was ist Gerechtigkeit? Wien: Deuticke.

Kempf, Eberhard; Lüderssen, Klaus; Volk, Klaus (Hg.) (2013): Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht. Berlin/Boston: De Gruyter.

Kersten, Jens; Meinel, Florian (2007): Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen. In: *Juristenzeitung* 62 (23), S. 1127–1134.

Key, Vladimer O. (1942): Politics, Parties and Pressure Groups. New York: Crowell.

Kingsbury, Benedict (2009): The Concept of „Law" in Global Administrative Law. In: *The European Journal of International Law* 20 (1), S. 23–57.

Kirton, John J.; Trebilcock, Michael J. (Hg.) (2004): Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environmental and Social Governance. Farnham: Ashgate.

Klatt, Johanna; Walter, Franz (2011): Entbehrliche der Bürgergesellschaft? Sozial Benachteiligte und Engagement. Bielefeld: transcript.

Klein, Thoralf (2002): Die Basler Mission in Guangdong (Südchina) 1859–1931. Akkulturationsprozesse und kulturelle Grenzziehungen zwischen Missionaren, chinesischen Christen und lokaler Gesellschaft. München: Iudicium.

Köhler, Jan; Zürcher, Christoph (2008): Internationale Akteure in Afghanistan. Berlin (Pressekonferenz).

Korioth, Stefan (2014): Religionsfreiheit – individuell, kollektiv, objektiv, institutionell. In: Thomas Vesting, Stefan Korioth und Ino Augsberg (Hg.): Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 232–245.

Köster, Werner (Hg.) (2009): Parallelgesellschaften. Diskursanalysen zur Dramatisierung von Migration. Essen: Klartext.

Kötter, Matthias (2012): Non-State Justice Institutions: A Matter of Fact and a Matter of Legislation. In: *SFB Governance Working Paper Series* (34). Online verfügbar unter http://www.sfb-governance.de/publikationen/working_papers/wp34/SFB-Governance-Working-Paper-34.pdf, zuletzt geprüft am 12.02.2015.

Kötter, Matthias; Röder, Tilmann J.; Schuppert, Gunnar F.; Wolfrum, Rüdiger (Hg.) (2015): Non-State Justice Institutions and the Law. Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State. New York: Palgrave Macmillan (Governance and limited statehood).

Kötter, Matthias; Schuppert, Gunnar F. (2009): Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates. Baden-Baden: Nomos.

Krimipedia (2008): Moralunternehmer. Online verfügbar unter http://www.kriminologie.uni-hamburg.de/wiki/index.php?title=Moralunternehmer&oldid=9391, zuletzt geprüft am 11.06.2015.

Kurthen, Hermann; Losey, Kay M. (1995): Schlagwort oder Kampfbegriff? Zur „Political Correctness"-Debatte in den USA. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B21-22, S. 3–13.

Ladwig, Bernd (2011): Gerechtigkeitstheorien zur Einführung. Hamburg: Junius.

Lallemand, Alain (1997): Russische Mafia. Der Griff zur Macht. Das Netzwerk zwischen Moskau, Berlin und New York. München: Lichtenberg.

Landau, Herbert (2007): Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. In: *NStZ* 27 (3), S. 121–129.

Landau, Peter (1991): Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur. In: Reiner Schulze (Hg.): Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung. Berlin: Duncker & Humblot, S. 39–60.

Landau, Peter (1996): Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien. In: Heinrich Scholler (Hg.): Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien. Baden-Baden: Nomos, S. 29–48.

Lane, Frederic C. (1958): Economic Consequences of Organized Violence. In: *The Journal of Economic History* 18 (4), S. 401–417.

Lanz, Stephan (2007): Berlin aufgemischt: abendländisch, multikulturell, kosmopolitisch? Die politische Konstruktion einer Einwanderungsstadt. Bielefeld: transcript.

Leith, John H.; Goertz, Hans-Jürgen (1990): Kirchenzucht. In: Gerhard Müller (Hg.): Theologische Realenzyklopädie. Band 19. Berlin: De Gruyter, S. 173–191.

Lepsius, Oliver (2007): Standardsetzung und Legitimation. In: Christoph Möllers, Andreas Voßkuhle und Christian Walter (Hg.): Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 345–374.

Lerche, Peter; Schmitt Glaeser, Walter; Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hg.) (1984): Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie. Heidelberg: v. Decker & Müller.

Liermann, Hans (1957): Das kanonische Recht als Grundlage europäischen Rechtsdenkens. In: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 2 (6), S. 37–51.

Link, Christoph (2010): Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert. 2., erw. u. erg. Aufl. München: C. H. Beck.

Listl, Joseph (1991): Aufgabe und Bedeutung der kanonistischen Teildisziplin des Jus Publicum Ecclesiasticum. Die Lehre der katholischen Kirche zum Verhältnis von Kirche und Staat seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil. In: Georg May, Winfried Aymans, Anna Egler und Joseph Listl (Hg.): Fides et ius. Festschrift für Georg May zum 65. Geburtstag. Regensburg: F. Pustet, S. 455–490.

Llewellyn, Karl N.; Hoebel, E. A. (1941): The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence. Norman: University of Oklahoma Press.

Lübbe-Wolf, Gertrude (2001): Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 20 (5), S. 481–493.

Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (2000): Die Politik der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Lundgreen, Christoph (2015): Skizze zum Habilitationsprojekt: Staatlichkeit in der (früh-)griechischen Welt.

Lundgreen, Christoph (2014): Staatsdiskurse in Rom? Staatlichkeit als analytische Kategorie für die römische Republik. In: Christoph Lundgreen (Hg.): Staatlichkeit in Rom? Diskurse und Praxis (in) der römischen Republik. Stuttgart: Franz Steiner Verlag (Staatsdiskurse, Band 28), S. 13–64.

Machiavelli, Niccolò (1990): Discorsi. In: Niccolò Machiavelli: Politische Schriften. Hg. v. Herfried Münkler. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch-Verlag.

Mai, Manfred (2008): Der Beitrag von Professionen zur politischen Steuerung und Governance. In: *Sozialer Fortschritt* 57 (1), S. 14–18.

Martin-Ehlers, Andres; Strohmayr, Sebastian (2008): Private Rechtsdurchsetzung im EG-Beihilferecht – Konkurrentenklagen vor deutschen Zivilgerichten. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 24, S. 745–751.

Masing, Johannes (1996): Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot.

Mayer-Tasch, Peter-Cornelius (1971): Korporatismus und Autoritarismus. Eine Studie zu Theorie und Praxis der berufsständischen Rechts- und Staatsidee. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag.

Mayntz, Renate (1988): Funktionelle Teilsysteme in der Theorie sozialer Differenzierung. In: Renate Mayntz, Bernd Rosewitz, Uwe Schimank und Rudolf Stichweh (Hg.): Differenzierung und Verselbständigung. Frankfurt/New York: Campus, S. 11–44.

Mayntz, Renate (2005): Governance Theorie als fortentwickelte Steuerungstheorie? In: Gunnar Folke Schuppert (Hg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien. Baden-Baden: Nomos, S. 11–20.

Mayntz, Renate; Rosewitz, Bernd; Schimank, Uwe; Stichweh, Rudolf (Hg.) (1988): Differenzierung und Verselbständigung. Frankfurt/New York: Campus.

McAdams, Richard H. (1997): The Origin, Development, and Regulation of Norms. In: *Michigan Law Review* 96, S. 338–433.

Meier, Christian (1980): Augustus. Die Begründung der Monarchie als Wiederherstellung der Republik. In: Christian Meier: Die Ohnmacht des allmächtigen Dictators Caesar. Drei biographische Skizzen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 223–287.

Melville, Gert; Oberste, Jörg (Hg.) (1999): Die Bettelorden im Aufbau. Beiträge zu Institutionalisierungsprozessen im mittelalterlichen Religiosentum. Münster: LIT-Verlag.

Mengesha, Judith Y. (2008): Rechtshistorischer Vergleich hybrider und nicht-staatlicher Formen der Streitbeilegung im äthiopischen Hochland. Magisterarbeit im Studiengang Afrikawissenschaft. Freie Universität Berlin, Berlin.

Menski, Werner (2012): Plural Worlds of Law and the Search for Living Law. In: Werner Gephart (Hg.): Rechtsanalyse als Kulturforschung. Frankfurt am Main: Klostermann (Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur", 1), S. 71–88.

Merry, Sally E. (1988): Legal Pluralism. In: *Law and Society Review* 22, S. 869–896.

Meumann, Markus; Pröve, Ralf (2004): Die Faszination des Staates und die historische Praxis. In: Markus Meumann und Ralf Pröve (Hg.): Herrschaft in der Frühen Neuzeit. Umrisse eines dynamisch-kommunikativen Prozesses. Münster: LIT-Verlag (Herrschaft und soziale Systeme in der frühen Neuzeit, Bd. 2), S. 11–49.

Meyer, Christoph (2010): Zum Streit um den Staat im frühen Mittelalter. In: *Rechtsgeschichte* 17, S. 164–175.

Meyer, Lukas H. (2005): Historische Gerechtigkeit. Berlin/New York: De Gruyter.

Michaels, Ralf (2009): Global Legal Pluralism. In: *Annual Review of Law and Social Science* 5, S. 243–262.

Mo Ibrahim Index of African Governance. Online verfügbar unter www.moibrahimfoundation.org/index.

Möllers, Christoph (2001): Globalisierte Jurisprudenz. Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie. In: Michael Anderheiden, Stefan Huster und Stephan Kirste (Hg.): Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 79), S. 41–60.

Moore, Sally F. (1973): Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. In: *Law and Society Review* 7 (4), S. 719–746.

Mörth, Ulrika (Hg.) (2004): Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis. Cheltenham: Edward Elgar.

Mörth, Ulrika (2005): Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? Paper presented in Darmstadt November 2005. Online verfügbar unter http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Möschel, Wernhard (2007): Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts? In: *Wirtschaft und Wettbewerb* (5), S. 483–492.

Möstl, Markus (2002): Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Muzio, Daniel; Kirkpatrick, Ian (2011): Introduction: Professions and Organisations – A Conceptual Framework. In: *Current Sociology* 59 (4), S. 389–405.

Nehlsen-von Stryk, Karin (1993): Grenzen des Rechtszwangs. Zur Geschichte der Naturalvollstreckung. In: *Archiv für civilistische Praxis* 193 (6), S. 529–555.

Nelissen, Rob M. A.; Mulder, Laetitia B. (2013): What Makes a Sanction „Stick"? The Effects of Financial and Social Sanctions on Norm Compliance. In: *Social Influence* 8 (1), S. 70–80.

Neubert, Dieter (2009): Local and Regional Non-State Actors on the Margins of Public Policy in Africa. In: Anne Peters, Lucy Koechlin, Till Förster und Gretta Fenner Zinkernagel (Hg.): Non-State Actors as Standard Setters. Cambridge, New York: Cambridge University Press, S. 35–60.

Neubert, Dieter (2012): Aufbrüche: Zivilgesellschaften, Neo-Traditionalisten und Konflikte über gesellschaftliche Ordnungsmodelle in der Moderne. In: Hans-Georg Soeffner (Hg.): Transnationale Vergesellschaftungen. Verhandlungen des 35. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Frankfurt am Main 2010. Herausgegeben in deren Auftrag von Hans-Georg Soeffner. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 533–545.

Nuscheler, Franz (2009): Good Governance. Ein universelles Leitbild von Staatlichkeit und Entwicklung? Institut für Entwicklung und Frieden. Duisburg (INEF-Report, 96).

Nussbaum, Martha (2000): Women and Human Development: The Capabilities Approach. Cambridge: Cambridge University Press.

Oestreich, Gerhard (1969): Strukturprobleme des europäischen Absolutismus. Wiesbaden: Steiner.

Osterloh, Kay (2004): Kriminelle Subkulturen bei MigrantInnen aus den Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion. In: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* (2).

Papcke, Sven (1995): „Political Correctness" oder die Reinigung der Sprache. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B21-22, S. 19–29.

Parsons, Talcott (1939): The Professions and Social Structure. In: *Social Forces* 17 (4), S. 457–467.

Patzold, Steffen (2012): Human Security, fragile Staatlichkeit und Governance im Frühmittelalter. Zur Fragwürdigkeit der Scheidung von Vormoderne und Moderne. In: *Geschichte und Gesellschaft* (38), S. 406–422.

Penal Reform International (Hg.) (2000): Access to Justice in Sub-Saharan Africa. The Role of Traditional and Informal Justice Systems. Online verfügbar unter http://www.gsdrc.org/docs/open/SSAJ4.pdf, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Peters, Anne; Förster, Till; Koechlin, Lucy (2009a): Towards Non-State Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard Setters. In: Anne Peters, Lucy Koechlin, Till Förster und Gretta Fenner Zinkernagel (Hg.): Non-State Actors as Standard Setters. Cambridge, New York: Cambridge University Press, S. 492–562.

Peters, Anne; Koechlin, Lucy; Fenner Zinkernagel, Gretta (2009b): Non-state Actors as Standard Setters: Framing the Issue in an Interdisciplinary Fashion. In: Anne Peters, Lucy Koechlin, Till Förster und Gretta Fenner Zinkernagel (Hg.): Non-State Actors as Standard Setters. Cambridge, New York: Cambridge University Press, S. 1–32.

Peters, Anne; Koechlin, Lucy; Förster, Till; Fenner Zinkernagel, Gretta (Hg.) (2009c): Non-State Actors as Standard Setters. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Peters, Jan (Hg.) (1995): Gutsherrschaft als soziales Modell. Vergleichende Betrachtungen zur Funktionsweise frühneuzeitlicher Agrargesellschaften. *Historische Zeitschrift, Beihefte* 18. München: Oldenbourg.

Peters, Jan (Hg.) (1997): Gutsherrschaftsgesellschaften im europäischen Vergleich. Berlin: Akademie Verlag.

Pfadenhauer, Michaela (2003): Professionalität. Eine wissenssoziologische Rekonstruktion institutionalisierter Kompetenzdarstellungskompetenz. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Poelzig, Dörte (2012): Normdurchsetzung durch Privatrecht. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Popitz, Heinrich (1992): Phänomene der Macht. 2. Aufl. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Posner, Richard A.; Rasmusen, Eric B. (1999): Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions. In: *International Review of Law and Economics* 19 (3), S. 369–382.

Preuß, Ulrich K. (2013): Der Staat – Weiterhin der zentrale Ort des Politischen? In: Andreas Voßkuhle, Christian Bumke und Florian Meinel (Hg.): Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen. Der Staat (Beiheft 21), S. 317–338.

Prodi, Paolo (2003): Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat. München: C. H. Beck.

Quack, Sigrid (2009): Governance durch Praktiker: Vom privatrechtlichen Vertrag zur transnationalen Rechtsnorm. In: Sebastian Botzem, Jeannette Hofman, Sigrid Quack, Gunnar Folke Schuppert und Holger Straßheim (Hg.): Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel. Baden-Baden: Nomos, S. 575–606.

Raiser, Thomas (2009): Grundlagen der Rechtssoziologie. 5. Aufl. Stuttgart: Mohr-Siebeck.

Rehbinder, Manfred (2009): Rechtssoziologie. 7. Aufl. München: C. H. Beck.

Reichman, Ronen (2006): Abduktives Denken und talmudische Argumentation. Eine rechtstheoretische Annäherung an eine zentrale Interpretationsfigur im babylonischen Talmud. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Reichman, Ronen (2013): Aspekte des Entscheidungsfindungsprozesses im halachischen Diskurs. In: Karl-Heinz Ladeur und Ino Augsberg (Hg.): Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie. Kontexte und Perspektiven einer Begegnung. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 139–151.

Reimer, Franz (2010): Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts. Baden-Baden: Nomos (Neue Schriften zur Verwaltungsrechtswissenschaft, 9).

Reinhard, Wolfgang (1999): Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart. München: C. H. Beck.

Richman, Barack D. (2004): Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. In: *Columbia Law Review* 104 (8), S. 2328–2367.

Richman, Barack D. (2006): How Community Institutions Create Economic Advantage: Jewish Diamond Merchants in New York. In: *Law and Social Inquiry* 31 (2), S. 383–420.

Riesebrodt, Martin (2001): Die Rückkehr der Religionen. Fundamentalismus und der „Kampf der Kulturen". München: C. H. Beck.

Rieth, Lothar; Zimmer, Melanie (2004): Unternehmen der Rohstoffindustrie. Möglichkeiten und Grenzen der Konfliktprävention. In: *Die Friedens-Warte* 79 (1-2), S. 75–101.

Robbers, Gerhard (1994): Staatliches Recht und Kirchenrecht. In: Gerhard Rau, Hans-Richard Reuter und Klaus Schlaich (Hg.): Das Recht der Kirche. Band 1: Zur Theorie des Kirchenrechts. Gütersloh: Kaiser Verlag, S. 474–496.

Röder, Tilmann J. (2006): Rechtsbildung im wirtschaftlichen Weltverkehr. Das Erdbeben von San Francisco und die internationale Standardisierung von Vertragsbedingungen (1871–1914). Frankfurt am Main: Klostermann (Recht in der Industriellen Revolution, 4).

Rogge, Malcolm J. (2001): Towards Transnational Corporate Accountability in the Global Economy. In: *Texas International Law Journal* 36 (2), S. 299.

Rohe, Mathias (2009): Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart. München: C. H. Beck.

Röhl, Hans C. (2007): Internationale Standardsetzung. In: Christoph Möllers, Andreas Voßkuhle und Christian Walter (Hg.): Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 319–344.

Röhl, Klaus F. (1993): Verfahrensgerechtigkeit. Einführung in den Themenbereich und Überblick. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (14), S. 1–34.

Röhl, Klaus F.; Röhl, Hans C. (2008): Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Köln: Heymann.

Rosa, Hartmut (2007): Identität. In: Jürgen Straub, Arne Weidemann und Doris Weidemann (Hg.): Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz. Grundbegriffe, Theorien, Anwendungsfelder. Stuttgart: J. B. Metzler, S. 47–56.

Roth, Paul E. (2000a): Organisierte Kriminalität in Russland. Die Rolle der „Diebe im Gesetz". In: *Kriminalistik* 54, S. 725–730.

Roth, Philip (2000b): Der menschliche Makel. München, Wien: Carl Hanser Verlag.

Rüthers, Bernd; Fischer, Christian (2010): Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. 5. Aufl. München: C. H. Beck.

Saliger, Frank (2013): Grundfragen von Criminal Compliance. In: *Rechtswissenschaft* (3), S. 263–291.

Sandel, Michael J. (1982): Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge, UK/New York: Cambridge University Press.

Scheidel, Walter (2013): Studying the State. In: Peter F. Bang und Walter Scheidel (Hg.): The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean. New York: Oxford University Press, S. 5–57.

Schenda, Rudolf (1969): Stand und Aufgaben der Exempla-Forschung. In: *Fabula* 10, S. 69–85.

Schepel, Harm (2005): The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets. Oxford/Portland: Hart Publishing.

Schiffauer, Werner (2008): Parallelgesellschaften. Wie viel Wertekonsens braucht unsere Gesellschaft? Für eine kluge Politik der Differenz. Bielefeld: transcript.

Schild, Wolfgang (1988): Gott als Richter. In: Wolfgang Pleister und Wolfgang Schild (Hg.): Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst. Köln: DuMont, S. 44–58.

Schilling, Heinz (1994): Die Kirchenzucht im frühneuzeitlichen Europa in interkonfessionell vergleichender und interdisziplinärer Perspektive – eine Zwischenbilanz. In: Heinz Schilling (Hg.): Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa. Zeitschrift für historische Forschung (Beiheft 16). Berlin: Duncker & Humblot, S. 11–40.

Schimank, Uwe (1988): Die Entwicklung des Sports zum gesellschaftlichen Teilsystem. In: Renate Mayntz, Bernd Rosewitz, Uwe Schimank und Rudolf Stichweh (Hg.): Differenzierung und Verselbständigung. Frankfurt/New York: Campus, S. 181–232.

Schimank, Uwe (2003): Gruppen und Organisationen. In: Hans Joas (Hg.): Lehrbuch der Soziologie. 2. Aufl. Frankfurt/New York: Campus, S. 199–222.

Schlee, Günther; Turner, Bertram (2008a): Rache, Wiedergutmachung und Strafe: Ein Überblick. In: Günther Schlee und Bertram Turner (Hg.): Vergeltung. Eine interdisziplinäre Betrachtung der Rechtfertigung und Regulation von Gewalt. Frankfurt/New York: Campus, S. 49–67.

Schlee, Günther; Turner, Bertram (Hg.) (2008b): Vergeltung. Eine interdisziplinäre Betrachtung der Rechtfertigung und Regulation von Gewalt. Frankfurt/New York: Campus.

Schmidt, Heinrich R. (1989): Die Christianisierung des Sozialverhaltens als permanente Reformation. Aus der Praxis reformierter Sittengerichte in der Schweiz während der frühen Neuzeit. In: Peter Blickle und Johannes Kunisch (Hg.): Kommunalisierung und Christianisierung. Voraussetzungen und Folgen der Reformation 1400–1600. Zeitschrift für historische Forschung (Beiheft 9). Berlin: Duncker & Humblot, S. 113–163.

Schmidt, Jan (2009): Das neue Netz. Merkmale, Praktiken und Folgen des Web 2.0. Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft.

Schmidt, Karsten (2007): Lex mercatoria: Allheilmittel? Rätsel? Chimäre? In: Jun'ichi Murakami, Hans-Peter Marutschke und Karl Riesenhuber (Hg.): Globalisierung und Recht. Beiträge Japans und Deutschlands zu einer internationalen Rechtsordnung im 21. Jahrhundert. Berlin: De Gruyter, S. 153–176.

Schmidt, Marek (1993): Standesrecht und Standesmoral. Ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Wettbewerbsregulierung durch Standesorganisationen. Baden-Baden: Nomos.

Schmidt-Aßmann, Eberhard; Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hg.) (1997): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Baden-Baden: Nomos.

Schmidt-Aßmann, Eberhard; Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hg.) (2004): Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos.

Schmidt-Preuß, Matthias (1997): Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung. In: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL) (Hg.): Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Dresden vom 2. bis 5. Oktober 1996. Berlin: De Gruyter (Bd. 56), S. 160–234.

Schmitt, Carl (1923/2008): Römischer Katholizismus und politische Form. Stuttgart: Klett-Cotta.

Schmitt, Heinz (1966): Entstehung und Wandlungen der Zielsetzungen, der Struktur und der Wirkungen der Berufsverbände. Berlin: Duncker & Humblot.

Schoch, Friedrich (2008): Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (3), S. 241–247.

Schorkopf, Frank (2014): Der Streit um die Entrechtlichung des Rechts. Zur Methode des Rechts in der dynamischen Selbstveränderung der Gesellschaft. In: Werner Heun und Frank Schorkopf (Hg.): Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne. Göttingen: Wallstein Verlag, S. 334–358.

Schulze, Winfried (1987): Gerhard Oestreichs Begriff „Sozialdisziplinierung in der frühen Neuzeit". In: *Zeitschrift für historische Forschung* 14, S. 156–302.

Schulze-Fielitz, Helmuth (1992): Informales oder illegales Verwaltungshandeln? In: Arthur Benz, Wolfgang Seibel und Ulrich von Alemann (Hg.): Zwischen Kooperation und Korruption. Abweichendes Verhalten in der Verwaltung. Baden-Baden: Nomos, S. 233–253.

Schulze-Fielitz, Helmuth (2000): Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung. In: Horst Dreier (Hg.): Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposion für Edgar Michael Wenz. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 156–179.

Schuppert, Gunnar F. (i. E.): Glaube, Recht, Governance. In: Britta Müller-Schauenburg (Hg.): Die Rolle des Rechts in den Theologien.

Schuppert, Gunnar F. (1981): Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Göttingen: Schwartz.

Schuppert, Gunnar F. (1993): Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht. In: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Gunnar Folke Schuppert (Hg.): Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen. Baden-Baden: Nomos, S. 65–114.

Schuppert, Gunnar F. (1994): Institutional Choice im öffentlichen Sektor. In: Dieter Grimm und Evelyn Hagenah (Hg.): Staatsaufgaben. Baden-Baden: Nomos, S. 647–684.

Schuppert, Gunnar F. (1997): Assoziative Demokratie. Zum Platz des organisierten Menschen in der Demokratietheorie. In: Ansgar Klein und Rainer Schmalz-Bruns (Hg.): Politische Beteiligung und Bürgerengagement in Deutschland. Möglichkeiten und Grenzen. Baden-Baden: Nomos, S. 114–152.

Schuppert, Gunnar F. (1998): Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen. In: *Die Verwaltung* 31 (4), S. 415–447.

Schuppert, Gunnar F. (2000): Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (2001): Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft. In: Wilfried Berg, Stefan Fisch, Walter Schmitt Glaeser, Friedrich Schoch und Helmuth Schulze-Fielitz (Hg.): Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem. Berlin: Duncker & Humblot (Die Verwaltung Beiheft, 4), S. 201–252.

Schuppert, Gunnar F. (2003a): Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre. Heidelberg: Müller (Zeitschrift für Gesetzgebung Sonderheft).

Schuppert, Gunnar F. (2003b): Staatswissenschaft. Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (2004a): Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates. In: Arthur Benz, Heinrich Siebentopf und Karl-Peter Sommermann (Hg.): Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, S. 287–294.

Schuppert, Gunnar F. (2004b): Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge. Überlegungen zu Gemeinwohlverantwortung und Staatsverständnis. In: Hans H. von Arnim und Karl-Peter Sommermann (Hg.): Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohldefinition. Berlin, S. 269–299.

Schuppert, Gunnar F. (2005a): Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen. In: Gunnar Folke Schuppert (Hg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien. Baden-Baden: Nomos, S. 371–469.

Schuppert, Gunnar F. (Hg.) (2005b): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien. Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (Hg.) (2006): Global Governance and the Role of Non-State Actors. Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung).

Schuppert, Gunnar F. (2008a): Governance durch Wissen. Überlegungen zum Verhältnis von Macht und Wissen aus governancetheoretischer Perspektive. In: Gunnar Folke Schuppert und Andreas Voßkuhle (Hg.): Governance von und durch Wissen. Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung, 12), S. 259–303.

Schuppert, Gunnar F. (2008b): Politische Kultur. Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (2008c): Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit? In: *Der Staat* 47 (3), S. 325–358.

Schuppert, Gunnar F. (2009): Von der Ko-Produktion von Staatlichkeit zur Co-Performance von Governance. Eine Skizze zu kooperativen Governance-Strukturen von den Condottieri der Renaissance bis zu Public Private Partnerships. In: Sebastian Botzem, Jeannette Hofman, Sigrid Quack, Gunnar Folke Schuppert und Holger Straßheim (Hg.): Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel. Baden-Baden: Nomos, S. 285–320.

Schuppert, Gunnar F. (2010): Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen. Frankfurt/New York: Campus.

Schuppert, Gunnar F. (2011a): Alles Governance oder was? Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (2011b): Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit. Beobachtungen und Überlegungen zum Verhältnis formeller und informeller Institutionen. Baden-Baden: Nomos (Schriften zur Governance-Forschung, 23).

Schuppert, Gunnar F. (2011c): Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissensschaft. Baden-Baden: Nomos.

Schuppert, Gunnar F. (2011d): Governance-Forschung: Versuch einer Zwischenbilanz. In: *Die Verwaltung* (44), S. 273–289.

Schuppert, Gunnar F. (2011e): Qualitätssicherung als Governanceproblem? In: *Rechtswissenschaft*, S. 334–354.

Schuppert, Gunnar F. (2012): New Modes of Governance and the Rule of Law: the Case of Transnational Rule Making. In: Michael Zürn, Andre Nollkaemper und Randall Peerenboom (Hg.): Rule of Law Dynamics. In an Era of International and Transnational Governance. Cambridge/New York: Cambridge University Press, S. 90–109.

Schuppert, Gunnar F. (2014): Verflochtene Staatlichkeit. Globalisierung als Governance-Geschichte. Frankfurt/New York: Campus.

Schuppert, Gunnar F. (2015): Wege in die moderne Welt. Globalisierung von Staatlichkeit als Kommunikationsgeschichte. Frankfurt/New York: Campus.

Schwaiger, Georg; Heim, Manfred (2004): Orden und Klöster. Das christliche Mönchtum in der Geschichte. 2. Aufl. München: C. H. Beck.

Sen, Amartya (1993): Capability and Well-Being. In: Martha Nussbaum und Amartya Sen (Hg.): The Quality of Life. Oxford: Clarendon Press, S. 30–53.

Shapiro, Scott (2011): Legality. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Sieber, Ulrich (2010): Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen. In: *Rechtstheorie* 41 (2), S. 151–198.

Sosa, Fabian; Flood, John (2006): The Role of International Law Firms in Cross-Border Commerce. Collaborative Research Center 597. Bremen (TransState Working Papers).

Spindler, Gerald (2013): Compliance im Gesellschaftsrecht. In: *Rechtswissenschaft* (3), S. 292–325.

Starck, Christian (2009): Woher kommt das Recht? In: Jahrbuch der Göttinger Akademie der Wissenschaften. 2008. Berlin/New York: De Gruyter, S. 87–103.

Stehr, Nico (2003): Wissenspolitik. Die Überwachung des Wissens. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Stehr, Nico (2009): Wissenswelten, Governance und Demokratie. In: Sebastian Botzem, Jeannette Hofman, Sigrid Quack, Gunnar Folke Schuppert und Holger Straßheim (Hg.): Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel. Baden-Baden: Nomos, S. 479–502.

Sternberg, Jan (2004): „Leitkultur"-Debatte: „Zuwanderung wird als Bedrohung empfunden". Interview mit Klaus J. Bade. In: *SPIEGEL ONLINE*, 24.11.2004. Online verfügbar unter http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/leitkultur-debatte-zuwanderung-wird-als-bedrohung-empfunden-a-329285.html, zuletzt geprüft am 21.04.2015.

Stewart, Richard B. (2012): Global Regulatory Administration and the Rule of Law: Global Administrative Law (Paper presented at WZB Rule of Law Center Colloquium).

Summers, Robert S. (1999): The Principles of the Rule of Law. In: *Notre Dame Law Review* 74 (5), S. 1691–1712.

Suter, Martin (2014): Alles im Griff: Eine Business Soap. Zürich: Diogenes.

Taher, Abul (2008): Revealed: UK's First Official Sharia Courts. In: *The Sunday Times*, 14.09.2008.

Tamanaha, Brian Z. (2001): A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford, New York: Oxford University Press (Oxford socio-legal studies).

Tamanaha, Brian Z. (2008): Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. St. Johns University School of Law (Legal Studies Research Paper Series, 07-0080). Online verfügbar unter http://ssrn.com/abstract=1010105, zuletzt geprüft am 30.01.2015.

Tamanaha, Brian Z. (2010): A Framework for Pluralistic Socio-Legal Arenas. In: Marie-Claire Foblets, Jean F. Gaudrault-Desbiens und Alison Dundes Renteln (Hg.): Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World. Brüssel: Bruylant, S. 381–401.

Tamanaha, Brian Z. (2012): What is „General" Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law. In: *Washington School of Law. Legal Studies Research Paper Series* (12-03-02).

Taylor, Charles (1989): Sources of the Self. The Making of the Modern Identity. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Teubner, Gunther (1991/92): Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. In: *Cardozo Law Review* 13 (5), S. 1443–1462.

Teubner, Gunther (1996): Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. In: *Rechtshistorisches Journal* 15 (255-290).

The Centre for Social Cohesion (2009): The Beth Din. Jewish Courts in the UK. London. Online verfügbar unter http://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2013/01/the-beth-din.pdf, zuletzt geprüft am 21.04.2015.

Thibaut, John; Walker, Laurens (1975): Procedural Justice: A Psychological Analysis. Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates.

Tietje, Christian (2002): Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive. In: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft : Archiv für internationales Wirtschaftsrecht* 101 (4), S. 404–420.

Tilly, Charles (1986): The Contentious French. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

Tocqueville, Alexis d. (1985): Über die Demokratie in Amerika. Stuttgart: Reclam.

Trute, Hans-Heinrich; Kühlers, Doris; Pilniok, Arne (2008): Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept. In: Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn (Hg.): Governance in einer sich wandelnden Welt. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (PVS Sonderheft, 41), S. 173–189.

Twining, William (2009): General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective. Cambridge: Cambridge University Press.

Tyler, Tom R.; Lind, E. A. (1990): Intrinsic Versus Community-Based Justice Models: When Does Group Membership Matter? In: *Journal of Social Issues* 46 (1), S. 83–94. DOI: 10.1111/j.1540-4560.1990.tb00273.x.

Tyrell, Hartmann (2004): Weltgesellschaft, Weltmission und religiöse Organisation. Einleitung. In: Artur Bogner, Bernd Holtwick und Hartmann Tyrell (Hg.): Weltmission und religiöse Organisationen. Protestantische Missionsgesellschaften im 19. und 20. Jahrhundert. Würzburg: Ergon Verlag (Religion in der Gesellschaft, Bd. 16), S. 13–134.

Uhlmann, Steffen (2008): Der Herr der Normen. In: *Süddeutsche Zeitung* 2008, 15.04.2008 (88), S. 20. Online verfügbar unter http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/industriestandards-herr-der-normen-1.208440, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Ulrich, Stefan (2014): Im Reich der Gleichen. In: *Süddeutsche Zeitung*, 27.12.2014 (297), S. 11–12.

United States Institute for Peace: The Role of Non-state Justice Systems in Fostering the Rule of Law in Post-conflict Societies. Online verfügbar unter http://www.usip.org/programs/initiatives/role-non-state-justice-systems-fostering-rule-law-post-conflict-societies, zuletzt geprüft am 07.03.2013.

van den Daele, Wolfgang; Müller-Salomon, Heribert (1990): Die Kontrolle der Forschung am Menschen durch Ethikkommissionen. Stuttgart: Enke (Medizin in Recht und Ethik, Bd. 22).

Vari, Andras (1999): Ländliche Eliten und die gesellschaftlichen Grundlagen der antiliberalen Modernisierung in Ungarn 1886–1914. In: Werner Bramke (Hg.): Politische Kultur in Ostmittel- und Südosteuropa. Leipzig: Universitätsverlag.

Vec, Miloš (2006): Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main: Klostermann (Recht in der Industriellen Revolution, Bd. 1).

Vec, Miloš (2009): Multinormativität in der Rechtsgeschichte. In: Jahrbuch 2008. Berlin: Akademie Verlag, S. 155–166.

Vesting, Thomas (2014): Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke. In: Thomas Vesting, Stefan Korioth und Ino Augsberg (Hg.): Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 57–86.

Vesting, Thomas; Korioth, Stefan; Augsberg, Ino (Hg.) (2014): Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Vieweg, Klaus (1990): Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände. Eine rechtstatsächliche und rechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Sportverbände. Berlin: Duncker & Humblot.

Volkov, Vadim (2001): Gewaltunternehmer im postkommunistischen Russland. In: *Leviathan* 28, S. 173–191.

Voßkuhle, Andreas (2001): Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs. In: *Die Verwaltung* (Beiheft 4), S. 197–200.

Voßkuhle, Andreas (2005): Sachverständige Beratung des Staates. In: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 3., völlig neubearb. und erw. Aufl. 3 Bände. Heidelberg: Müller, S. § 43.

Voßkuhle, Andreas; Bumke, Christian; Meinel, Florian (Hg.) (2013): Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen. Berlin: Duncker & Humblot (Beihefte zu Der Staat, Heft 21).

Wagner, Joachim (2011): Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat. Berlin: Ullstein.

Waldhoff, Christian (2008): Staat und Zwang. Der Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz. Paderborn: Schöningh.

Waldhoff, Christian (2013): Vollstreckung und Sanktionen. In: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts. München: C. H. Beck (Band III), S. 293–455.

Waldron, Jeremy (2008): The Concept and the Rule of Law. In: New York University School Of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series (08-50).

Wall, Heinrich d.; Muckel, Stefan (2009): Kirchenrecht. Ein Studienbuch. München: C. H. Beck.

Weber, Max (1973): R. Stammlers „Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung (1907). In: Max Weber: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Vierte, erneut durchgesehene Auflage. Hg. v. Johannes Winckelmann. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 291–359.

Weber, Max (1980): Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. 4. Aufl. Tübingen: Mohr-Siebeck.

Weeks, Sindiso M. (2011): The Traditional Courts Bill. Controversy around Process, Substance and Implications. In: *SA Crime Quarterly* (35), S. 3–10, zuletzt geprüft am 20.10.2015.

Wienfort, Monika (2001): Patrimonialgerichte in Preußen. Ländliche Gesellschaft und bürgerliches Recht 1770–1848/49. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Wienfort, Monika (2006): Der Adel in der Moderne. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Wikipedia (2015): Politische Korrektheit. Online verfügbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Politische_Korrektheit, zuletzt aktualisiert am 30.05.2015, zuletzt geprüft am 01.06.2015.

Williams, Rowan (2008): Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective. Online verfügbar unter http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective#Lecture, zuletzt aktualisiert am 07.02.2008, zuletzt geprüft am 12.11.2015.

Wilson, Edward O. (2013): Die soziale Eroberung der Erde. München: C. H. Beck.

Wimmer, Rainer (1998): Politische Korrekheit (political correctness). Verschärfter Umgang mit Normen im Alltag. In: *Der Deutschunterricht* 50 (3), S. 41–48.

Wirtschafts- und Sozialausschuss (1989): ABlEG 1989, Nr. C 139/49.

Wissenschaftsrat (2012): Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen. Hamburg (Drs. 2558-12).

Wolf, Klaus D. (2011): Unternehmen als Normunternehmer: Global Governance und das Gemeinwohl. In: Stefan Kadelbach und Klaus Günther (Hg.): Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung. Frankfurt/New York: Campus, S. 101–118.

Wolf, Klaus-Dieter (2012): Private Akteure als Normsetzer – Politikwissenschaftliche Fragestellungen und Perspektiven. In: Christian Bumke und Anne Röthel (Hg.): Privates Recht. Tübingen: Mohr-Siebeck, S. 187–206.

Wolf, Klaus-Dieter; Deitelhoff, Nicole; Engert, Stefan (2007): Corporate Security Responsibility. Towards a Conceptual Framework for a Comparative Research Agenda. In: *Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association* 42 (3), S. 294–320.

Wunder, Heide (1997): Aspekte der Gutsherrschaft im Herzogtum und Königreich Preußen im 17. und zu Beginn des 18. Jahrhunderts. Das Beispiel Dohna. In: Jan Peters (Hg.): Gutsherrschaftsgesellschaften im europäischen Vergleich. Berlin: Akademie Verlag, S. 225–250.

Young, Iris M. (1990): Justice and the Politics of Difference. Princeton, N. J.: Princeton University Press.

Young, Iris M. (2002): Fünf Formen der Unterdrückung. In: Christoph Horn und Nico Scarano (Hg.): Philosophie der Gerechtigkeit. Texte von der Antike bis zur Gegenwart. Frankfurt am Main: Suhrkamp (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1563), S. 428–445.

Zabel, Benno (2012): Rechtsgewährleistung. Zu Genese, Wandel und Bedeutung eines Paradigmas. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.

Zimmer, Dieter E. (1993): PC oder: Da hört die Gemütlichkeit auf. In: *Die Zeit*, 28.10.1993 (43).

Zürn, Michael (1998): Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Zürn, Michael (2005): Global Governance. In: Gunnar Folke Schuppert (Hg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien. Baden-Baden: Nomos, S. 121–146.

Zürn, Michael (2008): Governance in einer sich wandelnden Welt. Eine Zwischenbilanz. In: Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn (Hg.): Governance in einer sich wandelnden Welt. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (PVS Sonderheft, 41), S. 553–580.

Zürn, Michael (2014): From Rule to Authority – Why We Enter a Phase of Reflexive Legitimacy. Unveröffentlichtes Manuskript.

Zürn, Michael; Binder, Martin; Ecker-Ehrhardt, Matthias (2012): International Authority and its Politicization. In: *International Theory* 4 (1), S. 96–106.

Zürn, Michael; Zangl, Bernhard (Hg.) (2004): Verrechtlichung. Baustein für Global Governance? Bonn: Dietz; Stiftung Entwicklung und Frieden.

Danksagung

Mein Dank gebührt zunächst einmal der großzügigen Gastfreundschaft des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtgeschichte im Frühjahr 2014 und 2015; zwei dort von mir gehaltene Vorträge zwangen mich, meine Gedanken zu ordnen und zu straffen. Besonders hilfreich waren mir auch die weiterführenden Gespräche mit Thomas Duve und Peter Collin.

Großen Dank schulde ich auch den Kollegen und Mitarbeitern des SFB 700 – Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit – für anregende Diskussionen und hilfreiche Hinweise. Zu danken habe ich auch meinen studentischen Mitarbeitern Hannah Hömberg und Julian Schwarz für die Mühsal des Korrekturlesens und der Literaturbeschaffung sowie darüber hinaus Roland Römhildt für wertvolle Hinweise; vor allem aber danke ich Anna Schulze für Ihr einfühlsames, aber gleichwohl entschiedenes Lektorat. Cornelia Vetter und Barbara Wennemer-Abée haben das handschriftliche, wie immer unter Verwendung zahlreicher Bleistifte geschriebene Manuskript in einen verlagstauglichen Text gewandelt. Auch ihnen beiden sei von Herzen gedankt.

Den allergrößten Dank aber schulde ich meiner Frau, die meinen trotz meiner Emeritierung unvermindert anhaltenden Erkundungsdrang mit heiterer Gelassenheit begleitet hat und begleitet. Ihr sei dieses Buch gewidmet.